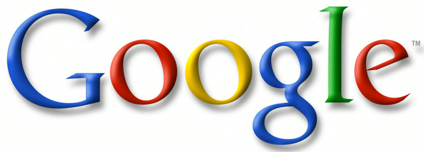




Swaine & Adeney. 185. Piccadilly
mes [illegible]

H.A.P.

See p. 178. Boehmer's "dissertatio de l
timatione ex damnato coitu natoria

Ex Libris
J. C. Arsenii Gallard, natu majoris
Die octavâ Anno 1812.

JO. GOTTLIEB. HEINECCII

JURISCONSULTI QUONDAM CELEBERRIMI,

RECITATIONES

IN ELEMENTA JURIS CIVILIS SECUNDUM ORDINEM INSTITUTIONUM.

PARS PRIMA.

AUTRES OUVRAGES DE L'AUTEUR,
qui se trouvent à la même adresse.

Traité des Successions *ab intestat*, selon les dispositions du Code Napoléon. 1 vol. *in*-12, broché. . . . . 2 fr. 50 c.

Principia Juris civilis tum Romani, tum Gallici, seu selecta legum Romanarum cum civili Napoleonis Codice aptè concordantium. *Parisiis*, 1806 et années suivantes, 4 vol. *in*-12, brochés. 16 fr.

Réflexions sur l'enseignement et l'étude du Droit, suivies de règles sur la manière de soutenir thèse dans les actes publics. *Paris*, 1807, brochure *in*-8. . . . . 75 c.

Bibliothèque choisie à l'usage des Etudians en Droit, ou Notice des Livres qui leur sont le plus nécessaires. *Paris*, 1808, 1 vol. *in*-16, broché. . . . . 1 fr. 25 c.

Précis historique du Droit Romain, depuis Romulus jusqu'à nos jours. *Paris*, 1809, 1 vol. *in*-16. (*Nota.* L'édition est épuisée.)

Examen sur les Elémens du Droit Romain, selon l'ordre des Institutes de Justinien, traduit du latin de ***. *Paris*, 1810, 1 vol. *in*-12, broché. . . . . 3 fr.

Dissertation sur les Rapports entre cohéritiers, faisant suite au Traité des Successions *ab intestat*, 1 vol. *in*-12, broché. 75 c.

JO. GOTTLIEB. HEINECCII

JURISCONSULTI QUONDAM CELEBERRIMI,

RECITATIONES

IN ELEMENTA JURIS CIVILIS SECUNDUM ORDINEM INSTITUTIONUM.

ACCESSERUNT,

OPERA ET CURA A. M. J. J. DUPIN,

In Scholis et Curiis Parisiensibus Doctoris et Advocati, necnon inter Ionenses Academicos adlecti;

NOTÆ et Observationes quibus textus vel explanatur, vel emendatur, vel illustratur; quibusque sedula ac perpetua Romanarum et Gallicarum legum collatio continetur.

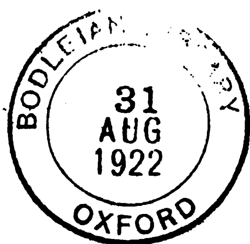
PARS PRIMA.

E TYPIS CRAPELET.

PARISIIS,

Apud B. WARÉE patruum, Bibliopolam, viduæ DUFRESNE successorem, Palatio Justitiæ.

M. DCCC. X.



AD ILLUSTRISSIMUM IMPERII COMITEM

TREILHARD,

IMPERATORI A CONSILIIS,

EUMDEMQUE MINISTRUM STATUS, etc.

Quemcumque sublimitatis gradum quis attigerit, COMES ILLUSTRISSIME, is, ut ex tanto intervallo mihi dijudicare licet, laudes ipsi Personæ solutas majore in pretio, quàm obsequia Dignitati præstita, habere debet : neque ullâ re magis ille movendus est, quàm si, nullâ usurâ, nullo ad for-

tunam respectu, ejus auctoritati, animi (ut ita dicam) *feudatarii* subjiciantur; in ejusque dominio non aliâ ex causâ adscribi possint, quàm quòd illos solo amoris vinculo obligatos habeat.

Taliter ergà te jam pridem constitutus fueram, ex quo PRO DOCTORATU theses publicas in Consultissimâ Parisiensi Facultate propugnare institueram, primam hactenùs, ab instauratis Jurium Scholis hujuscemodi exercitationem : cui quidem præesse non dedignatus, ita de me meritus es, ut, tuis auspiciis, vix vigesimum-tertium ætatis meæ annum agens, gradum illum insignem obtinuerim, quo recentiorum Galliæ nostræ Doctorum Decanus de repentè extiti, in florentissimâ illâ, licet umbratili militiâ, tyro simul, te favente, et veteranus.

Decebat quippè me tanti beneficii memorem et gratum exhibere; cumque nonnihil haberem sollicitudinis, undè dignas tanto viro grates liceret aliquandò persolvere, aptiùs mihi visum est tibi laborum illorum fructus dicare, vovere, consecrare, ad quos, novâ et crescenti in dies alacritate exantlandos, ipso Doctoris titulo vehementissimè excitabar.

Neque tamen, quidquid indulgentiæ in edita hactenùs à me opuscula contuleris, idcircò tantùm audaciæ concepi, ut tuo nomine insignita in lucem publicam prodi-

rent, expectandum ratus, donec daret se ansa opportunior, quam sponte suâ natam avidissimè arripui.

Institutis à me, tribus abhinc annis, privatis quibusdam de Jure Romano lectionibus; Heineccii Recitationes ita domi tractaveram, ut cum Napoleonis Codice, cujus ad normam lectiones quælibet referendæ sunt, sedulò conferrem : ex quâ elucubratione orta est magna annotationum copia quas ter ternos per annos attentè revisas, ipsi Heineccio apposui, datâ curâ ut universum opus fidelibus elegantibusque typis mandatum, tam illustri Jurisconsulto minùs indignum ederetur.

Nec tibi fore prorsùs injucundum ausus sum opinari, quòd, tuâ veniâ, tanti nominis scriptori nomen tuum præluceret, sociatâ geminæ famæ gloriâ; sicque communi quodam vehiculo posteris commendaretur, et dignus Napoleone Consiliarius, et carus Friderico-Magno Antecessor, quem Princeps ille, germanus ingenii æstimator, tanti faciebat, ut eum, quasi pretiosissimum regni sui ornamentum; enixè roganti Batavorum Reipublicæ Legato concedere, perseveranter recusaverit.

Itaquè, COMES ILLUSTRISSIME, quantulicumque momenti fragmenta à me Heineccio addita videantur, publicæ tamen utilitati videbor aliquantùm consuluisse, si

talem Jurisconsultum et utiliorem et tractabilem magis effecerim : neque dubium est quin exultet in tumulo insignis hujus viri umbra, edocta opus sibi dilectissimum præclarissimi Magistratûs auspiciis in lucem publicam efferri, qui rebus publicis non minùs quàm privatis idoneus, tot egregiis dotibus venturarum ætatum admirationem sibi asserit, coævorumque amorem domesticis virtutibus sibi conciliat atque devincit.

Superest, ILLUSTRISSIME COMES, ut, non aliâ quam admittit superba Romæ lingua formulâ, tibi, simpliciter quidem, sed toto animo dicam : VALE.

PARISIIS, pridiè kalendarum mensis julii 1810.

A. M. J. J. DUPIN.

PRÆMONITUM.

I. Ex quo apud nos instauratæ sunt Scholæ Juris, Heineccium, cæteris auctoribus longè præstare, invaluit: et quemadmodùm in omnibus Germaniæ Bataviæque Universitatibus maximo plausu fuerat exceptus; ita et eodem favore hunc prosecuti sunt, nostrâ in Galliâ, omnes Juris Romani Antecessores (1), tironibusque proposuerunt, cujus è scriptis, veluti è certissimo fonte, prima omnis Doctrinæ rudimenta haurirent.

II. At præclari illius Antecessoris opera, apud exteros typis mandata, cùm jam in Galliâ rariora fieri cœpissent, tùm eo stabant pretio, ut illa sibi nonnisi difficilè comparare possint Juris studiosi.

Recitationes, verbi gratiâ, maximo vænibant pretio, quamvis editio vulgaris chartâ viliori et mendis laboraret quamplurimis.

III. Prætereà, Heineccius singulis sui operis titulis in fine addiderat sedulam Juris Ro-

(1) Et imprimis Doctiss. vir Berthelot, qui, in almâ Parisiensi Facultate Jurium Antecessor Consultissimus, nostri Autoris *Elementa secundùm ordinem Institutionum*, prælectionibus eximiis explanavit, et idem opus, auditoribus suis, in versione Gallicâ proposuit.

mani cum Saxonico vel Germanico jure collationem : quæ, cùm nobis omninò inutilis esset, nos tantùm monebat, quantùm hujuscemodi collationem cum jure Gallico institui necessarium esset, quæque indè oritura tironibus utilitas !

IV. Tale opus jam magnâ ex parte in privatis recitationibus domi explicaveram; cùm, pluribus utile futurum esse ratus, si illud penitùs absolveretur, ad id animum intendi, ut diligentiori etiam curâ singulos Heineccii paragraphos, cum singulis nostrorum Codicum articulis conferrem : quam collationem ita instituere conatus sum, ut non in nudo jejunoque solùm articulorum aut numerorum indice, sed potiùs in interpretatione quâdam consisteret; quæ breviter quidem, sed nihilominùs argumentis et rationibus nisa, edoceret quibus inter se utrumque jus tum Romanum tum Gallicum sive discrepent, sive conveniant.

V. Non minori curâ studui, ut textum quàm emendatissimum offerrem; quod ut assequerer, multas editiones invicem contuli, quarum hæ præcipuè :

1°. Edit. Genevæ, 1771, operum omnium.
2°. Edit. Lovanii, 1785.
3°. Edit. Vratislaviæ, 1789; etc. etc.

VI. Quibus obiter præmissis, sine nimiâ

fiduciâ affirmari potest, hànc editionem, cùm præcedentibus omnibus, quod ad typographiam attinet nitidior sit, tum expurgatiorem etiam et deniquè auctiorem esse, quippè in quâ reperiantur:

1°. Vita Heineccii ab ejus filio descripta;

2°. Index omnium quæ scripsit Heineccius idem;

3°. Dissertatio Boehmeri, *De Legitimatione ex damnato coitu natorum;*

4°. Tredecim Tituli priores libri III, quos Heineccius noster prætermiserat, quippè ad jus antiquum unicè respicientes; quos verò ex ipsius *Antiquitatum Romanarum* libro supplendos esse duximus;

5°. Tractatio quædam nostra ad titulum *De Verborum obligationibus.*

6°. Similis tractatio nostra ad titulum Digestorum *De Rei vindicatione;*

7°. Notæ et collationes nostræ cum omnibus Gallicis Codicibus;

8°. Indices locupletissimi, etc.

VII. Superest Juvenes ut moneamus, Heineccio non esse fidem adhibendam, quoties de his tractat quæ ad Christianam Religionem nostram attinent. Sectæ enim Protestantium addictus, in Suorum verba plerumquè jurat, et sic in hâc parte, exitio esset, his qui in Religione Romanâ et Catholicâ nati quidem, sed

eruditi non satis, ea incautè acciperent, quæ circà venerandam hanc materiam tradit vir cæteroquin Doctissimus.

VIII. Quale autem fuerit Heineccii propositum in his conscribendis Recitationibus, sequens Dedicatio indicabit, quæ prioribus præfixa editionibus, locum in hâc etiam occupare suum debuit.

DEDICATIO (1).

JUSTINIANISTIS

S. P. D.

EDITOR.

Vos jam compello, JUSTINIANISTÆ, *cupidi legum juvenes :* vobis enim merito, ac vestro quodam jure dico addico, quas jam publici juris facio, prælectiones in JO. GOTTL. HEINECCII Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum, ab ipso eorumdem auctore, vestro unice usui ac bono, conscriptas olim ac recitatas. Natæ autem illæ sunt tum,

(1) Hæc dedicatio plerisque cæteris editionibus præfigitur.

quum in celebri Frisiorum academia, quæ Franequeræ floret, Antecessor jus civile publice profiteretur, scholasque in Elementa sua non sine summo auditorum plausu fructuque uberrimo institueret. Mos enim ei erat, statim ex quo publicus doctor constitutus esset, adsumtus, constanter postea servatus, ac sero demum, tum scilicet, quum exercitatum satis se dicendo docendoque sentiret, desuetus, ea de quibus in cathedra exponere vellet, litteris ante mandandi. Qua via et ratione id se consequuturum putabat, quod consequutus quoque est, ut rite ordinata dispositaque omnia essent, quæ docere vellet, ut filum dicendorum haberet ac normam, a qua non facile deflectere, atque, uti a multis magistris vel incuriose ac immeditate differentibus, vel luxuriandi pruritu perque eruditionis ostentationem fieri animadvertimus, extra oleas vagari posset. Sic ordini serviebat, unaque memoriæ consulebat.

Sic enim semper habuit, officium boni doctoris esse, numquam nisi bene præparato animo cathedram adscendere. Vaga, incerta, confusa esse, quæ sine meditatione ac velut indigesta, et prout verba fluerent, dicerentur. Memoriæ quoque utut tenacissimæ ac fidelissimæ non tuto fidi, facillimeque ex animo fugere, quæ dicenda sunt, omittique non debent, nisi prius, quæ docere velis, iterum quasi discas, ac velut in numerato habeas. Quem finem quo certius tutiusque adsequeretur, tantum non omnia, quæ tradere vellet, litteris consignare consuevit. Huic itaque sollertiæ ac severæ legi debemus præter has, quas jam vobis in manus trado, enarrationes, prælectiones in GROTIUM, PUFENDORFIUM et *historiam philosophicam*, jam pridem luce publica donatas.

Verum nugas forte, vel actum modo agere plerisque videbor edendo has Elementorum Heineccianorum interpretationes. Quidquamne enim deesse poterit ad meliorem intelligentiam libelli, postquam doctissimi aliquot celeberrimique Jureconsulti illum certatim observationibus adnotationibusque, ipseque auctor *dictatis* suis post fata ejus editis, illustrare haud dubitarunt? Ex quo sane classico huic compendio hoc decus atque ornamentum accessit, ut illum viri illustres ac doctissimi JO. GE. ESTOR, CAR. GOTTL. KNORRIUS, JO. LUD. UHLIUS notis scholiisque locupletarent, omnis deinceps opera, qua illustrari posset, inutilis ac supervacua, ac tantum non Ilias post Homerum videtur. Quin majus adhuc quiddam restat, quod me a consilio edendi Recitationes istas deterrere potuisset. Meminisse certe debebam non solum istorum scholiorum, sed cogitare etiam, omnem porro illustrandi Elementa Heinecciana laborem præripuisse otiumque fecisse virum aliquem juris peritissimum, cujus exstat amplissimus commentarius sub nomine ipsius Elementorum auctoris germanico idiomate editus. Operosam sane diligentiam explicandis interpretandisque Elementis adhibuit vir ille, quisquis est, doctus et laboriosus, sic ut non inutilem operam præstiterit discendi cupidis. Tametsi enim liquido juraverim, vix vicesimam commentarii partem ex ore Heineccii exceptam esse, sed tantum non omnia doctum illum interpretem ac compilatorem ex ceteris tam Heineccianis, quam aliorum scriptis congessisse, tantum tamen abest, ut contemnam utcumque laborem illum, ut potius maximopere commendandum non Justinianistis tantum, sed Edictalibus ac Papinianistis, existimem.

Nihilo secius tamen, si me auditis, non leves adferam caussas, cur non solum me non pœniteat consi-

lii mei, edendi Recitationes istas Heineccianas, sed et gratiam vestram magnopere initurum ac de vobis bene meriturum esse, confidam. Equidem si quemlibet optimum ducimus verborum suorum nuncium ac interpretem, quis melior ipso Elementorum auctore? Inspectio sane ac degustatio ipsius libelli unumquemque facile convincet, nihil eum in his Recitationibus omisisse aut prætervectum esse, quod ad plenius intelligenda Elementa utcumque facere posse animadvertit. Quemadmodum enim in ipsis Elementis id egit, ut, quod CICERO in Servio Sulpicio admiratus est, dialecticis præceptis adhibitis artem juris constitueret, omneque adeo jus civile in genera sua digereret, eorumque generum quasi membra dispartiret, tum propriam cujusque vim definitione declararet, ex ea regulas et axiomata eliceret; tum, quæ ex his prona conclusione consequerentur, colligeret, ita in his Recitationibus hæc omnia tam dilucide et plane declaravit, commodisque exemplis et speciebus illustravit, ut in plena luce versemini, nec usquam hærere possitis. Obscuris sane lucem adfudit clariorem, rationes præceptorum ac regularum pariterque exceptionum luculentius explanavit, scrupulos, si qui forte nasci possent, exemit, ac quomodo quæque cohæreant, atque ex suis principiis deduci queant, mira facilitate ac concinnitate declaravit. Deinde stilo usus est, non ornato aut politiore, qui morari lectorem linguæ Latinæ usum non habentem posset, sed puro tamen, populari et tali, qui illius linguæ non prorsus ignaro facillimus esset intellectu. Accedit denique his omnibus concinna brevitas. Semper enim auctor prudentissimus cum maximis viris artisque suæ peritis sensit, nihil esse, uti in omni disciplinarum genere, sic et in Legum studio magis præposterum, quam iis, qui prima legum incunabula adpetunt, non mitius lac propinare, sed debiles ac delicatiores

delicatiores stomachos uberioribus ac nimis solidis carnibus obruere. Quo fieri necessum est, quod stomachis gravatis accidere animadvertimus, ut non solum cibos, quibus sese ingurgitarunt, haud concoquere valeant, sed etiam solidioribus capiendis digerendisque plane inepti reddantur. Audiatis modo CUJACIUM, emunctæ naris judicem. *Nam quæ scientia hæc est*, inquit, *quæ modum non habet ullum? quæ fines suos egreditur? quæ tota aberrat a præceptis suis, et summo illo præsertim, nec a Justiniano prætermisso, ut incipientibus jura tradantur levi et simplici via: ne difficultate tam numerosæ ac perplexæ ab hoc studio deterreantur*. Quod si caperent etiam caverentque recentiores philosophi juris, paucis non omnino philosopharentur, nec theoriis suis naturalibus jurium positivorum fines turbarent, nec mentes discentium infinitis generibus ac tot otiosis distinctionibus ac partitionibus obruerent, non considerantes, quam nimis intelligendo faciant, ut intelligamus nihil. Si, judice SENECA, *confusum est, quidquid in pulverem sectum est*, methodum illam hypereuclideam, nisi confundi velint, in primis caveant Justinianistæ.

Auctor itaque suasorque sum omnibus, quicumque plana et simplici via ad solidiorem justi injustique scientiam tendere cogitant, ut artifices imitentur, atque a levioribus ac facilibus, atque adeo ab ipsis elementis incipiant, sibique illa cognita ac familiaria reddant. Finem vero hunc certissime adsequentur, qui Elementis Heineccianis probe imbuti, Recitationes, quæ jam prodeunt, nihilque sunt aliud, quam paullo pleniores Elementorum explicationes, diligenter legant, memoriæque mandent. Ita vero auctor illas instruxit adornavitque, ut repetitioni eorum, qui quemlibet doctorem Elementa Heinecciana

explicantem audiunt, perutiliter inserviant, sic ut legens illas ipsum quasi auctorem docentem ac semel interpretantem audire videatur.

Præmissam videtis memoriam divi auctoris, a filio quondam conscriptam, subjunctamque operibus Heineccianis, Genevæ editis. Quem commentarium benigne jam antea exceptum quum postea idem recognoverit, emendaverit, multisque accessionibus auxerit, non ingratam vobis operam me præstiturum confido, si illum vobis simul cum Recitationibus in manus trado. Valete et his fruimini Scrib. Calendis Sept. cIↃ IↃCC LXXIV.

HEINECCII RECITATIONES.

PROOEMIUM.

Consilium est, quod Deus omnipotens felix faustumque esse jubeat, hujus quoque anni initio interpretari Elementa Juris a nobis secundum Institutionum ordinem adornata. In quo labore ita versabimur, ut, si discentes eamdem diligentiam, quam nos pollicemur, ad has acroases attulerint, in spem illam pulcherrimam ingrediamur, fore ut fructum inde uberrimum capiant. Antequam vero ad rem ipsam accingamur, tria potissimum monenda duximus. Primum, ut auditores sint assidui, neque ex ulla temere praelectione absint. Totum enim hoc opusculum uno veluti filo cohaeret, ita ut, si priora non intelligantur, posteriora, quae inde fluunt, intelligi nequeant. Sane, ne quis hoc sibi praedictum neget, qui desultoria opera in scholis his frequentandis utentur, ii non doctiores inde discedent, quam si illis plane numquam interfuissent. Alterum, quod monere visum, hoc est, ut auditores non nisi Corpore Juris instructi adveniant. Saepe enim evolvendae erunt leges notatu digniores: et est hoc in primis utile ac frugiferum, Juris studiosum mature adsuefieri evolvendis legibus, et familiare sibi reddere illud opus Justinianeum, quod non minoris auctoritatis est in Jurisprudentia, quam in Theologia Scriptura Sacra. Non facilius vero tractationi Corporis Juris adsuefient discentes, quam si, duece praeceptore, textus in collegiis diligenter evolvant, eosdemque domi repetant et in succum et sanguinem vertere studeant. Postremo et id moneo, eos, qui ad solidiorem doctrinam adspirant, egre-

gie consulturos rationibus suis, si cum prælectionibus in domestica repetitione junxerint *primo Antiquitates nostras Romanas*, quibus ea, quæ ex statu reipublicæ Romanæ scitu necessaria sunt, breviter explicavimus, ac *deinde* vel B. Huberi *prælectiones* bonæ frugis plenissimas, vel Arnoldi Vinnii *comment.* plurium enim librorum lectione ingenia tironum obrui nollem. His præmissis ad *Procœmium* progredimur. Quia enim interpretationem promittentibus inconveniens semper visum est, omissis initiis atque origine non repetita, atque illotis, ut ita dicam, manibus protinus materiam interpretationis tractare, *l. 1, ff. de Origine Juris*, præmisso hoc procœmio, exemplo Justiniani, egimus de *Corpore Juris Justinianeo*, exposuimus quoque

1°. Caussas, cur illud compilatum sit, §. I, II.

2°. Auctorem, cujus auspicio collectum, §. III, IV.

3°. Partes ejus vel libros, ex quibus illud Corpus conflatum est, §. V-XIV.

4°. Auctoritatem tum singulorum librorum, tum totius operis, §. XV-XVII.

Obrui nollem.] Hìc valdè obtinet Senecæ axioma : *Non multa, sed multum.*

§. I.

Caussarum, quæ ad compilandum hoc opus Justinianum impulerunt, duæ potissimum proditæ sunt: *Juris Romani immensa moles*, de qua §. I, et *infelix aliorum*, qui ante Justinianum hunc laborem tentarunt, *conatus*; de quo §. II. De utraque ratione dicendum erit paullo accuratius. Moles Juris Romani paullo ante Justinianum tam immensa fuit, ut pene nemo ingenuus vellet studio tam diffuso atque infinito operam dare. Qui Juri se consecrarant, scire debebant Constitutiones principum, quæ in tres collatæ codices vetustissimos in immensum numerum excreverant. Deinde, quæ hodie non ita magno Pandectarum libro continentur, ea ante Justiniani tempora per duo millia librorum erant dispersa, quibus legendis vix hominum ætas sufficiebat, *Const. Tant. §. I, de confirmat. Digest.* Jacob. Gothofredus *in Pro-*

legg. ad Cod. Theodos. cap. I. Et hinc est, quod Eunapius, loco in ipso compendio citato, Jurisprudentiam vocat *multorum camelorum onus*. Hinc est, quod Mamertinus in *paneg. ad Julian.* scribit, *juris civilis scientiam, quæ olim Manlios, Scævolas, Servios in amplissimum gradum dignitatis extulerat, libertorum jam artificium esse.* Hinc denique est, quod apud Phot. *in biblioth. sæc. 5*, memoratur *servus Scytha, qui Jurisprudentiam professus sit.* Nemo enim ingenuus audebat isti oceano se committere, cujus finem vix prævidebat.

Quæ cum animadverteret Justinianus, prudenter statuit, e re fore non modo Jurisprudentiæ, sed et imperii sui, si tantam legum et jurium sylvam coerceret, et in modicum redigeret compendium; quâ in re divinam opem celebrat pie *in pr. Const. Tant. de confirm. Digest.*

§. II.

Habemus primam caussam confecti Corporis Juris; sequitur altera, nempe quia ante Justinianum plures id opus infelici conatu aggressi fuerant.

Primus eum laborem suscepit Cicero, quem Corpus Juris conficere voluisse testatur Gell. *lib. I, cap. 22*, ubi memorat ejus librum *De jure civili in artem redigendo*. Sed rem tantus vir non perfecit. Idem deinde consilium agitavit Pompeius; de quo Isidor. *orig. lib. V, cap. 1, leges in libros redigere illum*, primum *consulem, instituere voluisse, sed non perseverasse obtrectatorum metu*; quamvis, quum Isidorus sit scriptor sæc. VII, veteres autem auctores ea de re veluti de compacto taceant, res non adeo certa ac liquida videatur. Certius est, Julium Cæsarem, jam dictatorem perpetuum, de corpore Juris cogitasse; dequo Sueton. *in Jul. cap. 44*, refert, destinavisse *eum, jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque et necessaria in paucissimos referre libros.* Sed talia agentem mors cruenta præcepit, adeoque et id consilium pulcherrimum successu caruit.

Quod itaque tam multis male successerat, id felicissi-

mis auspiciis aggressus est Justinianus, qui ideo in *Princ. Const. Tant. de Confirm. Dig.* vere gloriatur, *se perfecisse, juvante Deo, quod nemo ante suum imperium umquam speraverit, neque humano ingenio possibile esse penitus existimaverit.* Sunt, qui dolent, a Justiniano hoc opus perfectum esse, et non potius a Julio Cæsare, qui, quum fuerit vir omni doctrina perpolitus, elegantius dare potuisset corpus Juris quam Justinianus, sæculi sexti princeps, cujus ætate jam barbaries incumbere orbi Romano cœperit. Unde quæstio nascitur, an melius de Jurisprudentia nostra mereri potuisset Cæsar quam Justinianus? Et facile quidem fatemur, si Cæsar istud opus compilasset, illud et elegantius et concinnius et doctius fuisse futurum, sed non sane fuisset utilius et foris nostris accommodatius. Nam, 1°. illud corpus non nisi Jus Vetus complecti potuisset, quum Novum, et quod hodie in ipsis rerum obtinet argumentis, demum post Jul. Cæsarem accesserit. 2°. Tunc caruissemus maximorum Jurisconsultorum scriptis, puta Papiniani, Juliani, Paulli, Ulpiani, etc. qui omnes demum post Jul. Cæsarem vixerunt et jurisprudentiam ad summum perfectionis gradum evexerunt. Hinc potius divino numini acceptum ferimus, quod demum sæc. VI, et senescente jam imperio Romano compilando huic operi animum adpulit Justinianus: sic enim et novissimi juris thesaurum accepimus, et consummatissimorum Jurisconsultorum fragmenta habemus, adeoque jus tractamus in scholis, cujus usum in foro frequentissimum experimur.

(Opposita hæc sunt Hotomanni *Antitriboniano*, et celeb. Thomasii *Nævis Jurisprudentiæ Ante-Justinianeæ*; ubi hi auctores toti sunt in exagitando Justiniano ejusque opere.)

In nostrâ quoque Galliâ, quòd maximi plerique voluêre viri, Dumoulin, L'Hôpital, Colbert, d'Aguesseau, etc. sed frustrà tentavêre, omnes leges nostras in unum digerere Codicem; id, solus inter omnes, Napoleo assecutus est; qui, postquàm *ex Urbe* quodammodò *fecit orbem*, hoc etiam obtinuit ut eodem Codice suo omnes sui imperii populi regerentur.

§. III.

Hactenus pria pars procemii, qua caussæ, cur Corpus Justinianeum confectum sit, exponebantur : jam de altera, qua de auctore istius æterni operis agimus. Confectum illud est auspiciis Justiniani, de cujus ingenio §. III, et rebus gestis §. IV, quædam disserimus.

Fuit Justinianus obscuræ originis, gente Illyricus, sed a fortuna ad summum inter homines fastigium evectus: Quum enim ejus avunculus, Justinus, antea subulcus, militiæ nomen dedisset, ac per omnes militiæ gradus demum ad imperatoriam dignitatem pervenisset, in sororis filium adoptavit imperiique consortem, vel ut tunc vocabantur, Nobilissimum Cæsarem dixit. Mortuo ergo Justino solus rerum potitus XL. annos imperavit, omnesque ante se principes felicitate et rerum gestarum gloria superavit. De hujus itaque principis moribus diversa admodum sunt veterum ac recentiorum scriptorum judicia. Omnes veteres eum laudant, recentiores in cælum extollunt, præterquam pontifici Romano addicti. Sed unus est ex veteribus, *Procopius*, qui, cum in omnibus operibus suis ingenium, prudentiam, probitatem et virtutes Justiniani celebret, postea scripsit librum, quem *Anecdota* vocavit; qui cum eruditis Nic. Alemanni notis prodiit *Lugd.* 1623, *in-fol.* In hoc Justinianum depinxit tamquam principem stolidum, uxori meretrici obnoxium, avarum, impium, et omnibus vitiis contaminatum. Inde novæ lites. Edito enim hoc opere alii hæc Procopii tamquam ex tripode dicta susceperunt, alii ea habuere tamquam calumnias. Et hinc exstant Gabr. Trivorii *Observatio apologetica*, nuper in *thes. jur. tom. I*, recusa, et Jo. Eichelii, Jurisconsulti eximii, *Apologia et animadversiones in Procop.* Helmst. 1654, *in-4.* editæ, quibus Justiniani famam adversus Procopium vindicare nituntur. Quid ergo? Nervus atque artus sapientiæ est, non temere credere. Non fuit Justinianus a nævis et vitiis immunis. Adhæserunt ipsi vitia quædam sane non levia, veluti obsequium erga Theodoram uxorem, mulierem scenicam et improbam, luxus et magnificentia nimia, in mutandis

legibus inconstantia. Sed vitia hæc magnis permixta virtutibus fuerunt. Fuit enim acri ingenio, magnanimus, fortis, splendidus, et, ut paucis dicamus, maximus sæculi sui princeps, cui facile nævos condonabis, quos tot eximiis virtutibus pensavit.

Filium adoptavit.] Id quidem à recentioribus scriptoribus asseritur: verùm quùm coævi hâc de re sileant, neque argumenta in hanc rem adduci solita quid probent, meritò hanc opinionem deserendam putamus. (Confer. Heinecc. *Dictata ad Instit.* §. 3.)

§. IV.

Abunde id docent res a Justiniano pace belloque gestæ; de quibus hoc §. IV, quædam disserimus. Inciderat ejus ætas in illa tempora, quibus barbari imperium Romanum pene ad incitas redegerant. Italiam, Hispaniam et Galliæ partem non minimam Gothi tenebant: Africam Vandali occuparant; Orienti imminebant Persæ: Justinianus tamen his omnibus restitit. Persas enim profligavit et compescuit; Africam iterum perdomuit; qua de victoria gratias agit Deo *l. 1, pr. et l. 2, C. de offic. prætor. Afric.* ac denique ipsam Italiam, exciso Gothorum regno, recepit. Accurate horum bellorum historiam condunt Procopius, libris singularibus *De bello Gothico, Persico, Vandalico*, et Agathias in eorum temporum historia. Et jam demum concipimus titulos, quos sibi initio Institutionum tribuit Justinianus. Non enim, more hodierno, provincias, quas possederat, indicant, sed populos, quibuscum dextro Marte bella gessit. Hinc se vocat *Alemannicum, Gothicum, Francicum, Germanicum*, quod Gothos, quibus Alamanni, Franci et Germani stipendia fecisse videntur, devicerat: *Alanicum, Vandalicum* et *Africanum*; quia Vandalos et Alanos in Africa profligaverat, provinciamque illam receperat. De *Antico* disputatur. Ezech. Spanh. *De usu et præst. numism. Diss. 12, p. 504, tom. II:* legendum putat *Ponticus*, quod gentes quasdam ad Pontum Euxinum devicerat; quam sententiam et nos adduximus in nota [*]. Si tamen quis lectionem vulgatam retinere malit, ei non magno-

pere refragabor, quia et *Antes* fuere populus barbarus, qui tempore Justiniani magnum sui terrorem sparsit.

Germanicum.] Aliter quomodò potuisset Justinianus appellari *Alamannicus*, *Francus*, *Germanicus*, quùm non devicisset eas gentes? Quare eo nomine Justiniano indignatum esse, Theodebertum, Francorum regem, auctor est Agathias, *lib. I.* (*Heineccius*, *in Elem. ad Inst. hic.*)

§. V.

Hæc in sago gesserat Justinianus. Nec minus clarus in toga exstitit, dum jus Romanum, per tot volumina dispersum in unum corpus compilari jussit; ut adeo non vana sit ejus gloriatio, quod et armis jam imperatoriam majestatem decoraverit, et legibus eandem armarit. *Pr. Inst. procem.* Quare jam libros, quos confici jussit, ordine considerabimus, ut sciamus, ex quibus partibus compositum sit Corpus Juris. Primus itaque liber, quem adornari jussit, est Codex Justinianeus, editus quippe anno 529. Codices vocabantur libri quadrati, et præcipue id nomen dabatur libris, in quos imperatorum constitutiones referebantur. Vide Schulting. *Jurisprud. Vetus Ante-Justinian. p. 377 et 683.* Tales collectiones constitutionum jam tres ante Justinianum exstabant: Codex Gregorianus, Hermogenianus et Theodosianus. Illi a privatis confecti constitutiones imperatorum gentilium ab Hadriano ad Constant. M. complectebantur. Hic auctorem habebat Theodosium juniorem, imperatorem; et christianorum principum epistolas vel constitutiones continet. Illi jam pridem perierunt, præter quædam fragmenta, quæ in Viri Clar. Ant. Schultingii, *Jurisprud. Vet. Ante Justin. p. 685 et 709*, habentur. Codex vero Theodosianus adhuc exstat tantum non integer, et egregiis commentariis illustratus a Jacobo Gothofredo prodiit *Lugd. 1665, in-fol. tom. VI.* Et ex his tribus codicibus unum breviorem fieri jussit Justinianus, auctore præcipue Triboniano, exquæstore Sacri palatii, et Jurisconsulto iis temporibus maximo, religione tamen, ut plerisque videtur, gentili; quem a se Justinianeum Codicem vocari voluit.

Jam quæretis forte, quem locum hic codex in Corpore Juris occupet? Sed probe observandum, eum jam pridem periisse, et hodie nusquam reperiri, quia, ut infra §. 9, videbimus, eum ipse Justinianus abolevit. Habetur quidem in Corpore Juris nostro codex, sed is non est Justinianeus, verum REPETITÆ PRÆLECTIONIS: qui aliquot annis est recentior. Interim observandum, quoties in Institutionibus citatur Codex, toties intelligi non hodiernum, qui exstat, sed veterem illum pridem amissum.

Sic hodiè habemus *Codicem Napoleonis*, qui anteà dictus fuerat *Codex civilis*.

§. VI.

Absoluto Codice Justinianeo secutæ sunt *Pandectæ* seu *Digesta*, perfecta intra triennium, et publicata anno 533.

De his observandum: 1°. PANDECTAS esse librum, in quo veterum Jurisconsultorum interpretationes continentur. Quemadmodum ergo Codex constat ex imperatorum constitutionibus: ita Pandectæ compositæ sunt ex fragmentis Juliani, Papiniani, Ulpiani, Paulli, Modestini aliorumque Jurisconsultorum, quibus leges et jura interpretantur: habentque hæc fragmenta vim legum, non quatenus a Jurisconsultis scripta (hi enim legislatoria potestate non gaudent), sed quatenus a Justiniano, principe, pro legibus publicata et deinde in forum recepta sunt. Hinc notandus textus *legis 2, §. 10, et l. 3, §. 10, C. de Vet. Jur. Enucl.* Ubi Justinianus: *Unam (his fragmentis omnibus) auctoritatem indulsimus, ut, quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat, et ex nostra voluntate compositum.*

2°. Notandum, PANDECTAS dici hunc librum a græco πᾶν, omne, et δέχομαι, capio vel recipio, quià omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas, et, quod undique fuit collectum, hoc in sinus receperunt, *l. 2, §. 1, ff. de Vet. Jur. Enucl.* DIGESTA autem dicuntur, quia in isto Pandectarum libro non omnia promiscue et sine ordine convasata, sed justo ordine disposita et in certos titulos digesta sunt. Utrumque vocabulum, tum

aliis auctoribus, tum Jurisconsultis fuit familiarissimum. Nam et *Apicius*, qui *de re culinaria* scripsit, librum suum vocavit πανδέκτην, et multo ante Justiniani tempora pandectas et digesta scripserunt Julianus, Ulpianus, Celsus, Paullus et alii. Obiter monere juvabit, quamvis ita receptum sit, ut Pandectas in genere feminino dicamus, revera tamen nomen esse masculini generis, ut omnia græca in ης desinentia; quod jam ab aliis est observatum.

3°. Monendum, pandectarum leges, quamvis ex diversissimis auctoribus excerptas, tamen inter se cohærere, adeoque sæpe sequentis sensum ex antecedente supplendum esse; quod secus se habet in Codice. Sic e. g. *l. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, ff. de Procurat.* nullum habebunt sensum, nisi ultima verba legis 17, jungantur.

4°. Sciendum, Pandectas citari solere ita, ut primo ponatur numerus legis (veteres etiam vocabulum initiale addebant.) deinde paragraphi numerus, hinc porro duplex ff. vel π vel D. Pandectarum signum, ac denique titulus. e. g. *L. Pomponius 40, §. 4 de procurat.* Libri et tituli numerus exprimi non solet: nec receptum est, ut e. g. citetur *Lib. III, Digest. tit. III, lex 40*, §. 4. Unde operam dare debet studiosus Juris, ut domi sibi titulorum ordinem familiarem reddat; alias enim ipsi molesta erit legum evolutio.

Codices nostri, quamvis in plures titulos, capita et sectiones dividantur, solo articuli numero citari possunt: putà, hoc modo, *Cod. Nap. art. 250.*

§. VII.

Pandectis nondum publicatis prodierunt 50 Decisiones, annis 530, 531, 532, de quibus dispiciemus, 1°. cur scriptæ sint? 2°. a quo scriptæ? 3°. ubi reperiantur? Caussam edendi Decisiones præbuere sectæ Jurisconsultorum; quarum de origine quædam in nota * diximus. Nimirum jam tempore Augusti Romæ florebant duo Jurisconsulti celeberrimi, quos Tacitus *Annal. lib. III, cap. 75, duo pacis decora* appellat, Antistius Labeo et Ateius Capito. Ille libertatis erat studiosissimus, et hinc ab Augusto ne oblato quidem consulatu in partes suas pertrahi poterat,

l. 2, §. 47. *ff. de Origine Juris.* Hic autem Augusto adulabatur, *eo præditus ingenio, ut ejus obsequium non posset non dominantibus probari*, Tac. *ib.* Hi ergo Jurisconsulti σύγχρονοι in multis dissentiebant juris interpretationibus. Capitonis præcipuus erat discipulus Massurius Sabinus, Labeonis Nerva, cui Proculus succedebat. Quum ergo hi acceptam a præceptoribus doctrinam ad posteros propagarent, illi dicti sunt *Sabiniani*, hi *Proculiani.* Sabino successit C. Cassius Longinus, Proculo Pegasus, a quibus hæ sectæ nova nomina sortitæ sunt, sectatores enim Cassi dicti *Cassiani*, sectatores Pegasi *Pegasiani.* Hi in multis juris capitibus graviter dissentiebant, ceu præclare docuerunt Emundus Merillius *Observ. lib. I, cap. 1. seqq.* et V. C. Corn. van Eck *in Orat. de sectis Jurisconsultorum.* Quum itaque tam ambigua et incerta essent jura quam plurima, Justinianus edidit 50. Decisiones, quibus illum dissensum sustulit, et modo Proculianorum, modo Sabinianorum, modo neutram sententiam probavit.

2°. Vocantur et hæ decisiones Justinianeæ, quia ejus auspiciis conscriptæ sunt. Præcipue tamen et hic opera usus est Triboniani, qui sibi hanc laudem ipse tribuit §. 3. *Instit. de libertin.*

3°. Sed ubi habentur illæ 50. Decisiones? Resp. Eæ tunc temporis seorsim prodierunt, sed hodie exstant in Codice nostro repetitæ prælectionis sub diversis ejus titulis. Facile tamen cognosci possunt duobus signis vel characteribus:

1°. Quod omnes datæ sunt, vel Lampadio et Oreste Coss., vel post consulatum Lampadii et Orestis Coss. anno secundo;

2°. Quod in iis jus controversum deciditur. Exempla sunt in *l. 12, C. de Usufructu. in l. 24, C. de legatis et l. ult. C. de condit. instit.* Ceterum 50 illas decisiones separatim edidit et luculento commentario illustravit Em. Merillius, *Lut. Par. 1618*, eæque cum aliis ejus operibus nuper Neapoli recusæ sunt. Exstat etiam Joannis Strauchii, Jurisconsulti eruditissimi, commentarius in has decisiones, sed imperfectus.

Antistius Labeo.] De Antistio Labeone ejusque sectâ non-

nulla dixi in meo opusculo, cui titulus : *Précis histor. du Droit romain*, *p. 47 et 48.*

Sub diversis ejus titulis.] Pariter in Codice Napoleonis articuli 152 et sequentes usquè ad articulum 157, et articulus 530, quamvis ex post facto compositi, in ipso Codice, suo loco requiescunt.

§. VIII et IX.

Eodem tempore scriptæ sunt INSTITUTIONES, quæ primum locum in corpore Juris occupant. Earum auctores fuerunt tres Jurisconsulti hujus ætatis, *Tribonianus*, *Theophilus* et *Dorotheus*, qui tamen non de novo hunc librum concinnarunt, sed ex veterum Jurisconsultorum, e. g. Ulpiani, Florentini, Caii, institutionibus maximam partem sumserunt; id quod satis apparet ex superstitibus Caii institutionum fragmentis, quæ edidit notisque variorum illustravit V. C. Antonius Schultingius, *in Jurisprudent. Vet. Ante-Justin. p. 1. seqq.* Editæ fuerunt Institutiones anno 533, et simul cum Pandectis auctoritatem suam acceperunt. Et quamvis eo præcipue fine prodierint, ut juvenes in tribus academiis, Romana, Constantinopolitana et Berytensi, ex iis elementa juris haurirent : simul tamen auctoritatem legalem acceperunt eandem, quam habent Constitutiones principum, §. 6 *procem. Inst.* unde in foro æque possunt allegari ac Pandectæ et Codex, et ibi ejusdem cum his auctoritatis habentur. Idem Theophilus, qui Institutiones cum Triboniano et Dorotheo confecit, postea easdem græca paraphrasi illustravit, quæ etiamnum exstat, et studioso juris utilissima est ad sensum Institutionum eo accuratius perspiciendum. Optima editio est Caroli Hannibalis Fabrotti, in-4°.

Istud adhuc moneo, quemadmodum Pandectæ et Codex allegantur per leges : ita Institutiones allegari per paragraphos, ita ut, præmisso numero paragraphi, addatur I. vel *Inst.* signum Institutionum, et sequatur deindè titulus; e. g. *Princ. Inst. de Nuptiis*, §. *3*, *Inst. de Actionibus.*

§. X.

Subsistere hic potuisset Justiniani industria, cum et Codex et Pandectæ et Institutiones prodiissent, modò

paullo diligentius labore hoc defuncti fuissent Tribonianus et socii. Sed perfectis his operibus statim apparuit, Codicem Justinianeum et mancum esse et in multis capitibus Pandectis adversari. Hinc nihil remedii supererat, quam ut Justinianus juberet novum codicem fieri et priorem illum aboleri; id quod etiam factum anno 534. Hinc intelligimus, cur §. V. monuerimus, codicem Justinianeum hodie non amplius exstare: intelligimus etiam, cur Codex noster, qui in Corpore Juris exstat, vocetur *Codex repetitæ prælectionis*; revisus enim et severiore cura emendatus est codex ille prior, multis additis et expunctis. Unde factum, ut in Institutionibus nostris Codex citetur, et in nostro tamen codice locus ille nusquam reperiatur. Prodiit enim hic codex noster post Institutiones, adeoque in iis non nisi prior, Justinianus potuit allegari. Citari solet Codex ita, ut, præmisso numero legis, et aliquando §. subjiciatur C. signum Codicis, et deinde rubrica tituli subjungatur; e. g. *l. 42*, *§. 9*, *C. de Episc. et Cleric. lib. 1, tit. 3.* Materiarum ordo idem fere est in Codice, qui in Digestis, nisi quod in Codice præmittantur Constitutiones de S. S. Trinitate, de Ecclesiis, Hæreticis, Episcopis, et subjiciatur Jus Publicum lib. XI et XII, qui id quoque singulare habent, ut, si ex iis lex citetur, et libri et tituli numerus subjici soleat; e. g. *l. I*, *C. de fundis et saltibus rei dominicæ. lib. XI*, *tit. 66.*

§. XI et XII.

Perfecto jam Corpore Juris multa nova suo more sanxit Justinianus, adeoque sensim prodierunt quam plurimæ constitutiones, quæ ideo *Novellæ* dicebantur. Eæ maximam partem græce scriptæ erant, quia jam lingua latina in orientali imperio paullatim evanescere cœperat. Nonnullas tamen etiam latine prodiisse in nota [*] observavimus. Ceterum triplex exstat NOVELLARUM editio: 1°. græcus textus, quem e variis codicibus eruit Scrimgerus Scotus; 2°. versio latina stilo cultiore adornata a Juliano, patricio et antecessore, qui paullo post Justinianum vixit. Ea prodiit *Par.* 1589; et 3°. vulgata, barbaro stilo et obscurioribus verbis confecta a nescio quo, quæ in Corpore Juris

habetur. Sed probe observandum est, quamvis illæ editiones accuratiores et elegantiores sint, solam tamen tertiam in foro esse receptam, adeo, ut, quamvis non ubique mentem Justiniani recte exprimat, tamen auctoritate legali polleat. Insignem tamen utilitatem afferunt reliquæ editiones ad Novellas rectius intelligendas. Ceterum Novellæ allegari solent ita, ut tantum numerus et capita exprimantur, e. g. *Nov. CXVII, c. 1.*

Novellas quoque jam habemus, in legibus istis quæ præcipuè anno 1807 latæ fuerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel etiam emendandi Codicis nostri gratiâ.

§. XIII.

Quæ hactenus recensuimus opera, ea omnia Justiniani, imperatoris, auspiciis in lucem prodierunt. Sed sunt et alia quædam in Corpore Juris, quæ principi isti originem non debent, nempe AUTHENTICÆ, de quibus §. XIII, et libri feudorum, de quibus §. XIV. *Authenticæ* alias ipsæ novellæ vocantur, quippe quibus in omnibus editionibus hæc præfigitur inscriptio: *Authenticæ seu Novellæ Constitutiones Justiniani, Sacratissimi Principis :* sed has quidem hic non intelligimus. Potius sciendum, multis legibus Codicis scholia quædam esse subjecta, in quibus ostenditur, quid novellis mutatum sit, vel quæ nova jura sensim invaluerint, e. g. *l. 13, C. de S. S.* ecclesiis (*lib. I, tit. 2*) subjuncta est authentica duplex. Quum enim in lege permittatur iis, qui monasteria ingrediuntur, ut testamenta condere possint, in authenticis istis notatur, id per Novellas 5 et 123, esse mutatum; et hæc scholia proprie vocantur authenticæ.

Quis eas adjecerit, nondum adeo certum est, verosimile tamen est, auctorem esse Irnerium, Jurisconsultum Bononiensem, qui sæc. XII primus Jurisprudentiam in usum revocavit. Allegari solent authenticæ ita, ut præmittatur vocabulum *Auth.* deinde subjiciantur verba initialia, hinc porro sequatur littera C. ac denique subjungatur rubrica tituli sub quo occurrit; e. g. *Auth. Ingressi monasteria C. de S. S. ecclesiis. Auth. habita C. Ne filius pro patre.*

§. XIV.

Habentur etiam in Corpore Juris LIBRI FEUDORUM, quum tamen ad Jus Romanum non pertineant. Romani enim feuda non habuerunt, sed inventum hoc vere est Germanicum, quamvis postea fere ubique gentium feuda invaluerint, præterquam in Frisia nostra, ubi unicum tantum feudum est.

Auctores horum librorum sæc. XII fuerunt Gerardus Niger et Obertus ab Orto, Coss. Mediolanenses, qui consuetudines feudales privata auctoritate litteris mandarunt. Postea cum Bononiæ juris studium reflouresceret, Hugolinus, Jurisconsultus, etiam hos libros feudorum Corpori Juris addidit, tamquam appendicem Novellarum. Eo factum est, ut cum Corpore Justinianeo et hic liber ubique reciperetur in forum, tamquam Jus Feudale Commune, ex quo controversiæ feudales deciderentur, si consuetudines, leges ac statuta singularia deessent. Allegari solent libri feudorum ita, ut præmisso numero libri subjiciatur littera F. et subjungatur denique numerus capitum et aliquando paragraphus, e. g. *2. F. 24*, §. *2*.

Hæ sunt partes Corporis Juris. Quamvis enim et alia ibi reperiantur, e. g. *Novellæ Leonis* et aliorum imperatorum, item *Canones Apostolorum*, etc. ea tamen omnia in foro nullius usus sunt, adeoque nec ad Corpus Juris proprie pertinent.

§. XV.

Reliqua est ultima pars procemii, qua quæritur: *Quænam sit tam horum librorum, quam ipsius Corporis Juris auctoritas?* Hæc quæstio optime solvetur tribus observatis axiomatibus, quæ indubitatæ veritatis esse unusquisque intelliget. I. *Lex posterior semper derogat priori*, *l. ult. ff. de Const. Princ.* Lex enim est summi imperantis voluntas: posterior autem voluntas non potest non priorem mutare et tollere. II. *Privati non condunt leges.* Potest privatus leges interpretari, potest et consilium dare, secundum leges judicare, sed non ferre leges (*a*), quia lex est decretum summi imperatoris et quidem solius. III. *Leges ab imperante latæ*

solos obligant subditos, non exteros. Est enim lex decretum summi imperantis: non autem quisquam est summus imperans nisi ratione subditorum. Ex his itaque axiomatibus luce meridiana clarioribus jam conclusiones de auctoritate juris fluunt complures, quas videbimus. *Primo*, quum lex posterior semper deroget priori, sequitur, 1°. ut Codicum Hermogeniani et Gregoriani, quorum hodie fragmenta exstant, nec non Codicis Theodosiani, quem pene integrum habemus, hodie nulla sit auctoritas. Sunt enim hi libri juris Ante-Justinianei, ergo iis derogat Jus Justinianeum; et hinc possunt quidem hi Codices cum fructu adhiberi in legibus interpretandis, non autem in foro, etiamsi leges in illis integriores et incorruptiores exstent, quam in nostro Codice. Imo criminis falsi reus est, qui hos libros antiquiores ad decidendas caussas allegat, *l. 2, §. 19, C. de Vet. Jur. Enucl.* Ex eodem axiomate sequitur, 2°. ut Novellæ derogent libris omnibus, Institutionibus, Pandectis et Codici. Vidimus enim §. II illas omnibus libris esse posteriores. E. g. in *Instit. Pandectis* et *Cod.* plane alia traditur ab intestato succedendi ratio, quam in *Nov. CXVIII.* Utra ergo sequenda est? Ea, quæ in Novella ista inculcatur, quia lex posterior derogat priori. 3°. Ex hoc primo axiomate sequitur, ut Codex noster deroget Institutionibus et Pandectis, quia utrisque est posterior. Hinc si dissentiunt isti libri, Codex præferendus erit; e. g. bona liberorum adventitia in pleno dominio patris esse docent Pandectæ, *l. 79, de acquir. vel omitt. her.* ast in titulis *C. de bonis maternis et de bonis quæ liberi*, bona ista addicuntur liberis. Utrum jus prævalet? Jus Codicis, quia lex posterior derogat priori. 4°. Ex hoc axiomate fluit, Institutiones et Pandectas, ex instituto et consilio Justiniani, sibi non derogare, nam neuter liber altero prior vel posterior. Imperator enim utrumque valere jussit ex 3 Kal. Jan. anno 533, *l. 2, C. §. 23, de Vet. Jur. Enucl.* Sed dixi, ex consilio Justiniani. Is enim provide jusserat, ut ita hi libri adornarentur, ne in ullo capite discreparent. Quum vero id non ubique præstiterint Tribonianus et socii, et in quibusdam vere discrepent Institutiones et Pandectæ, quæritur: Quibus tunc prærogativa debeatur? Respondemus in nota *,

observandas esse binas regulas: (*a*) *Institutiones cedunt Pandectis tamquam auctoritatibus suis, quatenus ex his descriptæ sunt.* Auctoritas dicitur archetypus, *das original:* huic vero semper plus fidei habetur, quam ectypo, *der copey.* Quando itaque Pandectæ sunt archetypus, ex quo Institutiones descriptæ sunt, meritò illæ præferuntur Institutionibus. Rem illustrabimus exemplo. In §. 25, *Inst. de R. D. Specificatio* esse dicitur, *si quis ex alienis spicis frumentum fecerit.* Hæc in *l. 7,* §. *7, ff. de acquir. rer. dom.* negatur specificatio esse. Cui libro ergo plus fidei habendum? Pandectis, quia manifeste apparet, Institutiones eo loco ex Pandectis perperam esse descriptas. (*b*) *Pandectæ cedunt Institutionibus, quoties his novationem fieri apparet.* Lex enim posterior derogat priori. Itaque si certum sit, Justinianum in Institutionibus quædam in Pandectis tradita mutare atque innovare voluisse: præferenda procul dubio erit posterior illa imperatoris voluntas. E. g. in *l. 9 et l. 11, ff. de manum. vindicta*, legimus, minorem 20 annis manumittere non posse, nisi vindicta apud Consilium caussa probata. At in §. *7, Inst. quibus ex causis manum. non licet*, permittitur adolescentibus 17 annorum, ut libere possint manumittere. Quod jus prævalet? Id, quod in Instit. inculcatur. Manifestum enim est, imperatorem jus vetus in Pandectis expositum abolere atque innovare voluisse.

Sed non ferre leges.] Confer. *Cod. Nap. art. 5.*

§. XVI.

Hactenus de primo axiomate. *Alterum est, privatus non condit leges.* Inde facile patet, qua auctoritate polleant Authenticæ, quas supra §. 13, a privato, nempe ab Irnerio, compilatas esse diximus. Omnem scilicet auctoritatem non inde habent, quia ab Irnerio factæ; quia privatus non condit leges: sed quia excerptæ sunt ex Novellis aliisque quorundam principum constitutionibus, quas auctoritate legali pollere nemo dubitat. Hinc omnes hanc sequuntur regulam: *Authenticæ non pollent auctoritate legum, nisi quatenus cum Novellis, ex quibus decerptæ sunt, conveniunt.*

Hic

Hic verò non levis nascitur controversia: An Authenticæ semper conveniant cum Novellis? Negant id multi, in primis Jurisconsulti summi, Ge. Rittershus. *in Promulside errorum Irner.* Jo. Jac. Wissenbach. *in sylloge errorum Irner. in Authent.* Ast alia omnia magno molimine ac non sine convicio defendere conatus est Vir Doctiss. *Alex. Arn. Pagenstecher. in Irnerio injuria vapulante.* Quid vero dicamus? Superstitioni similis videtur ista veneratio in Irnerium, qua eum in omnibus rem acu tetigisse statuunt; quasi Jurisconsultus ille semibarbarus, et qui primus jus tractavit, fuerit ἀναμάρτητος et infallibilis. Recensui in nota * quædam exempla quæ si quis cum Novellis contulerit, statim deprehendet, Irnerium iis sensum plane alium adfinxisse; quod quoties factum, (factum autem sæpius) toties Authenticarum nulla plane est auctoritas.

Privatus non condit leges.] Adde quod privatorum pactis juri publico derogari non potest. *Cod. Nap. art. 6.*

Quædam exempla.] Vide *Auth. Bona damnatorum Cod. de bonis proscript. Auth. ex causâ Cod. de liber. præterit. et exhered. Auth. hæc ita Cod. de verb. oblig. Auth. sed hodiè Cod. de judiciis.*

§. XVII.

Tertium et ultimum axioma est: *Leges ab imperante latæ solos obligant subjectos, non exteros.* Ex eo solvi possunt binæ quæstiones: 1°. An et quatenus Corpus Juris Justinianeum nos obliget? Sane non tamquam leges a Justiniano latæ. Nam (*a*) hic princeps in oriente dominatus est, nec umquam vel Germanis, vel Belgis, vel Gallis imperavit, adeoque non magis his gentibus leges ferre potuit, quam Magnus Turcarum Sultanus. (*b*) Ex historia notum est, et Germanos et Belgas et Gallos aliasque gentes, multis post Justinianum sæculis, adhuc suas leges a Romanis diversissimas habuisse, quæ adhuc exstant in Lindenbrogii *Codice juris Alamannici*, et in Stephani Baluzii *Capitularibus regum Francorum.* Sed valet tamen Jus Justinianeum ex recepto, quia ob æquitatem ei nos sponte submisimus, idque ultro in scholas, academias et fora recepimus; id

quod factum esse sæc. XIII, et seqq. docuit Struvius *in historia juris, cap. 6, §. 39, p. 529, seqq.?* Ex eo vero porro sequitur, ut Jus Romanum non totum nos obliget, sed quatenus receptum. Hinc omnes gentes habent sua statuta, sua jura propria, municipalia, provincialia, suos mores et consuetudines. Ex his primo omnium controversiæ decidendæ sunt in foro: si vero quæstio in his statutis non sit decisa; tunc in subsidium judices ad Jus Romanum recurrere debent. Præclare hoc demonstravit Jurisconsultus summus, quem præceptorem veneror, Sam. Stryckius *in proœm. Usus Moderni Digest.* 2°. Altera quæstio, quæ ex tertio hoc axiomate solvi potest, pertinet ad Novellas Leonis. Quæritur enim, an et hæ legum auctoritate polleant? Negat id Dom. Pagenstecherus *in Admonitt. ad ff. Part. I, p. 21*, negant et alii; et recte. Sed dum hanc rationem afferunt, quod Leo vixerit post Carol. M. post quem imperatorum orientalium leges Occidentem non amplius obligarint, in eo egregie falluntur. Justinianus enim, qui ante Carol. M. vixit, non magis nobis leges præscribere potuit, quam Leo Sapiens. Vera itaque ratio hæc est, quia Jus Romanum valet ex recepto: recepimus autem Corpus Juris Justinianeum, ad quod Novellæ Leonis non pertinent: et quidem a sæculo XIII, sensim recepimus, quo tempore plane nondum innotuerant nobis Novellæ Leonis, quippe quas primus in lucem protraxit sæc. XV. insigne Frisiæ nostræ decus, *Viglius Zuichemus*. Quamvis itaque illæ Leonis Novellæ in plerisque Corporis Juris editionibus recentioribus occurrant, non tamen quidquam valent contra Jus Romanum.

Non exteros.] Aliquatenùs tamen leges nostræ et exteros obligant, si vel in Galliâ habitent, vel ibi possideant immobilia. *Cod. Nap. art. 3.*

Judices ad Jus Romanum recurrere debent.] Judex qui judicare recusat, eò quod lex Gallica silet, aut obscura est, aut non sufficit, denegare justitiam dicitur et hoc nomine tenetur. *Cod. Nap. art. 4.* Tunc enim ad Jus Romanum ut rationem utpote scriptam, ei recurrendum est; cùm nullam ob aliam causam jus illud in scholis nostris edocendum discendumque sit, quàm ut in supplementum juri nostro adhibeatur.

LIBER PRIMUS.

TITULUS PRIMUS.

De Justitia et Jure.

§. XVIII.

Ipsa rubrica docet, duabus partibus constare hunc titulum. Prior enim de justitia agit, §. 18-23, posterior de jure vel Jurisprudentia, §. 24-32. De justitia quæritur : 1°. cur de ea agatur? §. 18, 2°. quid sit? §. 19, 3°. quotuplex? §. 20-23.

I. De *justitia* agitur statim initio Institt. et Pandectarum, quia illa totius Jurisprudentiæ finis et proximus Jurisconsulti scopus est. Finem autem suum semper ob oculos habere decet studiosum. Quemadmodum itaque æternam felicitatem tamquam finem spectat Theologia, sanitatem corporis Medicus : ita finis Jurisconsulti ultimus est tranquillitas interna reipublicæ, quæ non nisi justitia obtinetur; itaque est hæc justitia finis proximus. Tolle justitiam, et vitam piscium vivemus, ubi major devorat minorem. Eum in finem ergo reperta Jurisprudentia, ut æquabile in republica esset Jus omnium, ut virtutes præmiis, scelera suppliciis mactentur, ut suum cuique tribuatur, ut tutus bos rura perambulet, vel, ut Apostolus loquitur, ut vitam quietam et tranquillam vivamus in omni pietate et honestate, *1, Tim. 2, 2.* Magnificis hunc finem Jurisprudentiæ verbis inculcat *Ulpianus, l. 1, §. 1, ff. de Justitia et Jure*, ubi ideo Jurisconsultos sacerdotes justitiæ appellat, quemadmodum philosophi olim se sapientiæ et virtutis sacerdotes vocabant. Sicuti enim sacerdotis finis est, Deum suum colere et meliores reddere homines : ita nos justitiam colimus, boni et æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes.

V. l. 1, §. 1, ff. h. t. Ab hoc ergo fine toto cælo aberrant, qui ideo tantum jura discunt, ut aliquando rabulas agant in foro, et evertendis hominum fortunis quæstum faciant. Isti sane non Jurisconsulti sunt, sed vultures togati, pestes reipublicæ, furibus ipsis tanto deteriores, quanto impunius, sub specie justitiæ, grassantur. Maneat ergo hoc studiosis Juris alta mente repostum, finem Jurisprudentiæ esse justitiam.

Heu! quàm benè apprimèque dictum, præsertim his temporibus ubi vidimus 300 fr. effici Jurisconsultos! Quis est enim hodiè locus qui, si veris ac genuinis advocatis egeat, eos non habeat saltem qui tantum nomen eò arrogantiùs quò ineptiùs sibi vindicent? De his rabulis verè igitur dicendum, quod sint plerique, *vultures togati*, etc.

§. XIX.

Sed hæc justitia quid est? Definitur in Institutionibus et Dig. nostris, quod sit *constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi.* Bona definitio, modo recte intelligatur. Deprompta enim est ex philosophia Stoica, cui plerique veteres Jurisconsulti erant deditti. Stoicis omnis virtus erat *constans et perpetua voluntas:* qui enim semel malus eum semper talem esse judicabant. Hinc Cicero *Parad. III, c. 1,* ubi ex principiis Stoicorum disputat: *Una virtus est consentiens cum ratione et perpetua constantia.* Quid hoc aliud est, quam constans et perpetua voluntas? Ergo, dum in definitione nostra dicitur: *justitia est constans et perpetua voluntas,* perinde est, ac si dicatur, justitia est virtus; ut hoc adeo sit genus in hac definitione. Accedit differentia specifica: *suum cuique tribuendi.* In eo differt justitia a reliquis virtutibus. Nam pietas Deo cultum suum tribuit, temperantia ipsi temperanti præstat, quod virtus et decorum postulat: justitia autem proximo tribuit, quod ipsi debetur. Ergo est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Utut autem optima sit hæc definitio, non absurde tamen quæri potest, an justitia hic definita sit finis Jurisprudentiæ? Ut quæstionem intelligamus, sciendum est, *justitiam* esse duplicem, *moralem et ci-*

vilem. *Moralis* est virtus in mente consistens, vel habitus mentis, quo quis omnes actiones ad legem componit. Ergo hoc sensu non est justus, qui externa officia cuique præstat, nisi id faciat ex amore virtutis et mente emendata. E. g. Pharisæus, qui gloriabatur, se nec raptorem esse, nec adulterum, nec publicanum, non erat moraliter justus, quia ex hypocrisi, non ex amore virtutis, ab his actionibus pravis abstinebat. *Civilis* contra justitia dicitur, quando quis actiones externas ita ad legem componit, ut suum cuique tribuat, nec tamen id faciat ex amore virtutis vel emendata mente, sed ex metu pœnæ. Hinc si quis magistratui tributa solvit, si neminem concivem lædit, neminem occidit, non furta, non rapinas committit, civiliter erit justus, etiamsi id omne faciat animo reluctante, etiamsi sit hypocrita, imo atheus. Jam qualia sunt media, talis est finis. Media, quæ Jurisprudentia suppeditat, sunt pœna et præmia, *l. 1*, §. *1*, *ff. de Just. et Jure.* Ea non moraliter justos reddunt, sed civiliter, quia cogitationis pœnam nemo in foro patitur, *l. 18*, *ff. de Pœnis.* Ergo justitia civilis est finis Jurisprudentiæ, cum tamen in Jure nostro moralis justitia definiatur, quæ sane solis præceptis Jurisprudentiæ non obtinetur. Quomodo ergo definiri poterit justitia illa civilis, quæ finis Jurisprudentiæ est? Justitia est *attemperatio actionum externarum ad leges, qua quis neminem lædit, suum cuique tribuit.*

§. XX.

Vidimus, quid sit justitia? Quæritur jam porro, quotuplex sit? Non cum Hug. Grotio *de Jure B. et P. lib. I*, *c. I*, §. *8*, eam dividimus in *expletricem et attributricem;* contra quam divisionem quidem graviter disputat Vir Clar. Pagenstecherus *in Admonitt. Part. I*, §. *6*, sed demum omnia eo redeunt, vocabula non satis commoda esse. Nos rem videbimus. Officia, quæ aliis hominibus debemus, duorum generum sunt: alia lex præcipit tamquam *necessaria*, ita ut cogi possint et puniri, qui ejusmodi officia non præstant; et talia sunt omnia, quæ ex regula illa justi fluunt: *Quod tibi non vis fieri*,

alteri ne feceris. Hinc nemo occidendus, injuria vel damno afficiendus, æs alienum solvendum, pacta servanda. Hæc si quis non facit, a magistratu vel cogi vel pœna coerceri potest, adeoque hæc officia sunt *perfecta.* Alia officia lex commendat quidem tamquam *honesta*, sed neminem tamen cogit ea præstare, sed uniuscujusque pudori relinquit; et talia sunt, quæ ex sola honestate vel ex decoro fluunt. Sic e. g. lex jubet pauperibus eleemosynas elargiri, et cuique officia humanitatis præstare, ut erranti viam commonstrem, et patiar lumen de lumine meo accendi, etc. At si quis id non faciat, inhumanus quidem est, sed non potest tamen ideo in jus vocari, vel a magistratu cogi pœnis vel coerceri. Magis enim voluntatis et officii hæc sunt, quam necessitatis, *l. 17*, §. *5*, *ff. commodati.* Et hæc dicuntur *officia imperfecta.* Jam ergo facile animadvertimus, quomodo differant justitia expletrix et attributrix.

§. XXI.

Expletrix enim est, quæ cuique tribuit, quod jure perfecto debetur. Hinc qui a furtis et rapinis abstinet, qui æs alienum debitori solvit, qui pacta et contractus servat, ei justitia expletrix tribuitur, quia hæc omnia jure tam perfecto debentur, ut coerceri possint et a magistratu in ordinem cogi, qui alteri hæc officia denegant.

Attributrix contra est, quæ cuique tribuit, quod voluntatis magis est et officii, quam necessitatis, i. e. quæ tribuit, quod alteri debemus, sed ita ut cogi non possimus. Si quis ergo pauperibus stipem elargitur, si miseros consilio juvat, si errantes in viam reducit, is justitiæ attributrici satisfacit.

Quæri hic potest, cur expletrix justitia coactionem admittat, attributrix non item? Multæ sunt rationes, quas tirones non capiunt, nisi præceptis Juris Naturæ imbuti. Sufficiat itaque, unam allegasse. Omnia officia perfecta debentur *ab una et certa persona*, adeo, ut si hæc illa non præstet, ab alio ista exigere nequeam. E. g. Si Titius mihi debet 100, a solo Titio istos exigere possum, et ludibrium deberem omnibus, si eos a Mævio petam, quia

a Titio non præstentur. Contra, officia imperfecta non ab una et certa persona, sed *indefinite ab omnibus* debentur. Sic e. g. Iro debeo stipem vel eleemosynam, at non ego solus, sed et omnes reliqui homines. Si ego itaque illi nummum denegem, poterit illum eodem jure a Mævio, Titio et a reliquis omnibus petere. Quum ergo officia perfecta ab una et certa persona debeantur, illa cogenda utique est, quia alias jure meo plene privarer: at imperfecta coactione stabilire non interfuit reipublicæ, quia ideo jure suo non excidit mendicus, si ab uno vel altero repulsam ferat.

§. XXII.

Eadem occasione agimus de tribus juris præceptis, quæ §. *3*, *Instit. h. t.* et *l. 10*, §. *1*, *ff. h. t.* recensentur, et quidem ideo, quia ratio illorum commode ex hac prima justitiæ divisione reddi potest. Tria illa juris præcepta sunt: *Honeste vivere*, *neminem lædere*, *suum cuique tribuere*. Unde quæritur, cur hæc tantum recenseant Jurisconsulti, cum longe plura potuissent commemorari, veluti pacta servare, etc.? Sed rectissime ratiocinati sunt Jurisconsulti. Justitia est vel attributrix vel expletrix. Attributrix versatur circa officia imperfecta, quæ ex honestate fluunt: inde præceptum juris: *Honeste vivere.* Expletrix versatur circa officia perfecta. Ea vel abstinere nos jubent a vitiis lege prohibitis, vel facere ea, quæ leges præcipiunt. Qui abstinet a vitiis lege prohibitis, is paret præcepto: *Neminem læde:* qui facit, quæ leges præcipiunt, præcepto satisfacit: *Suum cuique tribue.* Vere ergo hæc sunt genuina universi juris principia, ad quæ omnes Jurisprudentiæ doctrinæ referri possunt, et ex quibus hæ unice fluunt. Sic e. g. qui a furtis, rapinis, damnis, injuriis abstinet, justus est; nam neminem lædit: qui contractus implet et pacta servat, justus est; nam suum cuique tribuit. Qui in republica civem bonum agit, patriæ prodesse studet, cultui divino vacat, temperanter et modeste vivit, justus est; nam honeste vivit: ut adeo plus veritatis insit his tribus præceptis, quam vulgo putant.

§. XXIII.

Sequitur altera justitiæ divisio : est enim, ex doctorum sententia, vel universalis vel particularis, et hæc iterum vel commutativa vel distributiva; sed utraque parum accurata. Videbimus definitiones, et quidem ex mente Aristotelis, ex cujus præceptis moralibus illa tota divisio desumta est. *Universalis* philosopho illi *S. Eth.* 1, est ἀρετὴ τελεία πρὸς ἕτερον, exercitium omnium virtutum erga alios. Ergo si quis et justus et liberalis et humanus et modestus est, justus vir erit quoad justitiam universalem. Justitia *particularis* est, quæ coercet avaritiam, adeoque in bonis externis nec sibi plus lucri, nec alteri plus oneris tribuit, quam oportet. E. g. si quis officia, honores, præmia distribuens non indulget avaritiæ, sed suum cuique tribuit, particularem justitiam colere dicitur. Hæc vel commutativa est vel distributiva. *Commutativa* est, quæ ad rem, non ad personæ qualitates respicit, adeoque perfectam æqualitatem observat, qualis in contractibus versatur. E. g. pistor panem non alio pretio vendit senatori quam sutori : si aliter ageret, injustus esset. *Distributiva* contra est, quæ ad personæ qualitates respicit, adeoque æqualitatem non observat, nisi geometricam, quam vocant. E. g. princeps distribuit officia : unum consiliarium facit, alterum secretarium, tertium consulem, quartum prætorem, quintum carnificem. An injustus ideo, quod hunc non consiliarium fecit, quod æqualitatem non observavit, quum omnes sint homines, omnes cives? Imo injustus esset princeps, si omnibus eadem munera demandasset. In honoribus enim, præmiis et pœnis distribuendis non ad rem solam, sed ad personæ qualitatem respiciendum. Uti non ex quovis ligno fit Mercurius, ita nec ex quovis homine consiliarius, secretarius, consul vel carnifex. Ita doctores ex mente Aristotelis. Quæritur itaque, an hæc divisio probanda sit. Diximus in hoc paragrapho, ea nos facile carere posse, quia sufficiat prior ex Grotio sumta. Sed addimus, eam ne accuratam quidem esse. Nam 1°. in divisionibus unum membrum non debet alterum comprehendere.

Quam absurde enim quis hominem divideret in totum hominem et in digitum minimum? Sed æque bella est nostra divisio : justitia est vel universalis, quæ omnes virtutes complectitur ; vel particularis, quæ unam, avaritiæ vel πλεονεξίᾳ oppositam, inculcat. 2°. Falsum est, justitiam distributivam locum habere in præmiis et pœnis, commutativam in contractibus; quod egregie docuit Hugo Grotius *de J. B. et P. l. I, c. 1*, §. *8*. Sic e. g. furtum ex Jure Romano luitur duplo. Jam fingamus unum furem tam esse callidum, ut ipsi ingenium omne in ipsos digitos quoque abiisse videatur; alterum tam stupidum, ut animam pro sale habeat, ne putrescat; an ideo hic triplo, quadruplo, quintuplo sit puniendus? Fingamus porro Stichum, servum, tres dominos habere, Titium ex semisse, Mævium et Javolenum ex quadrante. Fingamus Stichum dominis suis stipulari 100, an ideo æqualiter illa summa inter dominos distribuetur, quia hæc obligatio ex contractu est? Minime; imo Titius 50, reliqui duo singuli tantum 25, accipient, §. *3*, *Instit. de stip. serv.* Habemus itaque exempla, ubi in distribuendo æqualitas perfecte observatur. In contractibus non nisi geometrica observatur. Ergo hac divisione parum accurata satis commode carebimus.

§. XXIV et XXV.

Sequitur altera pars hujus tituli, puta, de Jurisprudentia. Ejus duplicem damus definitionem, alteram veterem, quæ in §. *1*, *Inst. h. t. et l. 10*, §. *1*, *ff. h. t.* habetur; alteram novam et a nobis concinnatam, quia illa non adeo accurata est. Ulpianus in dicta *l. 10*, §. *1*, eam ita definit : Jurisprudentia *est divinarum atque humanarum rerum notitia*, *justi atque injusti scientia.* Divinarum atque humanarum rerum notitia nihil aliud est quam philosophia, quam omnes veteres ita definiunt, et hanc loco generis adsumit Ulpianus. Quia vero philosophia etiam circa verum et falsum in logica, circa bonum et malum in philosophia morali, circa utile in politica, circa caussas rerum naturalium in physica, occupata est; de quibus omnibus non est sollicita Jurisprudentia : hinc addit differentiam specificam, *justi atque*

injusti scientia, adeoque sensus est : Jurisprudentiam esse philosophiam, quæ in justi atque injusti scientia consistat. Ita Ulpianus; sed parum accurate. Nam 1°. falsum est, Jurisprudentiam esse philosophiam, vel ejus partem. Philosophia enim doctrinas suas ex sola recta ratione tamquam unico cognoscendi principio petit: Jurisprudentia etiam ex lege scripta, quamvis ex ratione recta illa non innotescat. Sic e. g. furem suspendio puniendum esse, Jurisprudentia docet; sed id supplicium non dictat recta ratio; est tamen justum, quia lex illud irrogat. 2°. Tota hæc definitio est orta ex æmulatione, quæ inter Jurisconsultos et philosophos olim gliscebat. Jurisconsulti contemnebant homines barba et pera philosophos, ignava opera, philosopha sententia. Exempla sunt in *l. 1*, §. *1*, *ff. de Just. et Jure*, *l. 8*, §. *4*, *ff. de Excus. tut. l. 1*, §. *5*, *ff. de Extr. Cogn.* Potius ergo se veram, non simulatam, philosophiam affectare existimabant, quia homines et præmiis et pœnis meliores efficere studebant. *d. l. 1*, §. *1*, *ff. de Just. et Jure.* Cui sententiæ et Euphrates, philosophus, suffragatur, apud *Plin. l. I, ep. X*, affirmans, *esse hanc philosophiæ et quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere et exercere justitiam, quæque ipsi doceant, in usu habere*; quod ipsum est Jurisconsulti officium. Hæc itaque æmulatio inter Jurisconsultos et philosophos vera ratio est, cur Ulpianus ita definiverit Jurisprudentiam, ut illi tribuat, quæ philosophiæ tribuenda existimant philosophi. Sed definitio ex mera æmulatione profecta plerumque est ὑπερβολική adeoque parum accurata.

§. XXVI.

Quæ cum ita sint, accuratiorem definitionem dare maluimus. Nobis enim Jurisprudentia est *habitus practicus leges recte interpretandi, adplicandique rite ad species quasvis obvenientes.* Genus in hac definitione est *habitus* practicus. Non enim nudæ speculationis caussa jura addiscimus, sed ut ea in usu habeamus. Physicus e. g. tantum speculatur, quid ventus sit : in hac

scientia acquiescit, quamquam numquam ventum producere discat. Ast Jurisconsultus non ideo discit, quid sit contractus, quid restitutio in integrum, quid libellus, ut hac scientia se oblectet, sed ut contractum caute ineat, et, si opus sit, in foro restitutionem in integrum pro se vel aliis petat, ut si alter ipsi jus intervertere audeat, libellum conficere eumque judici offerre possit. Omnia ergo hic sunt practica: atque inde est, quod Jurisprudentiam definiamus *habitum practicum*.

§. XXVII.

Differentia specifica, qua Jurisprudentia ab aliis scientiis practicis sejungitur, est *interpretatio et adplicatio legum*. Addimus enim, *leges recte interpretandi adplicandique rite ad quasvis species obvenientes*. Primo ergo leges scit Jurisconsultus, deinde easdem recte interpretatur, ac postremo easdem adplicat casibus, qui in vita civili quotidie obveniunt. Hæc tria ita conjuncta sunt, ut, si quis illa sejungat et separet, non amplius Jurisconsulti nomen tueatur. Qui enim scit leges, sed eas non recte interpretatur, is non Jurisconsultus est, sed *Leguleius*. Qui et scit et interpretatur, sed non adplicat, is *Juris peritus* est, sed non Jurisconsultus. Qui adplicat quidem, id est, praxi se mancipat, et cruda studia in forum propellit, sed scientia et interpretandi subsidiis destitutus, is *Rabula* vocandus. Denique qui et scit leges, et easdem recte interpretatur, et rite in foro adplicat, is vere Jurisconsulti vel Jurisprudentis nomen tuetur. Dicemus ergo de interpretatione Juris §. 28, et de ejusdem adplicatione §. 29.

§. XXVIII.

Interpretari est non verba legum tenere, sed vim et potestatem, *l. 17, ff. de legibus*. Interpretatio autem vel legislatori incumbit; et tunc vocatur *Authentica*: vel judici, et tunc vocatur *usualis*: vel Jurisconsultis, quæ dicitur *doctrinalis*. *Authentica* est, quando lex tam obscura est, ut ipse legislator consulendus sit, quem sensum legi dare velit. De hac interpretatione agit *l. 2, ff. de leg.* e. g. Lex est, ut rem furtivam tantum do-

minus persequatur,' *l. 1, ff. de condictione furtiva*; sed jam perierat aliquid, quod ereptum sibi fuerat, dubitabat judex, an hic quoque locum habeat legis rigor, consulebatur Alexander imperator, qui *l. 1, C. de his, quæ vi metusque caussa*, legem hanc de persecutione rerum furtivarum locum habere dicit, etiamsi perierit res furtiva.

Usualis est, quando judex ex rebus antea judicatis leges interpretatur; de qua interpretatione agitur *l. 12, ff. de legibus*. Sic sæpe, si in curia dubitatio suboritur, quomodo hæc vel illa lex interpretanda sit, decisiones veteres consuluntur, et ex iis interpretatio petitur; quæ ideo dicitur usualis, quia ex usu vel praxi præterita sumitur. *Doctrinalis* denique est, quando doctores vel Jurisconsulti legem secundum regulas rectæ interpretationis explicant; de qua *l. 13, ff. de Leg.* Eo pertinent omnes Commentarii in Leges a Jurisconsultis scripti, qui tum demum auctoritatem aliquam sortiuntur, si regulas bonæ interpretationis observaverint. Tantum enim valent, quantum rationes ab eo allegatæ. *Doctrinalis* illa iterum triplex est, vel extensiva, vel restrictiva, vel declarativa. *Extensiva* est, quando ratio legis latius patet, quam verba; adeoque ad casum porrigitur interpretatio, quem lex non expresserat. E. g. vetuerat princeps lege pœnali, ne quis frumentum exportaret e provincia sub pœna confiscationis. Mercator, lucro inhians, non quidem frumentum, sed farinam exportaverat: quærebatur, an in legem inciderit? idque affirmandum videbatur, quamvis lex farinæ non meminerat. Ratio enim legis erat, ne annonæ caritas affligeret rempublicam, ea vero æque affligere poterat rempublicam exportata farina, quam frumento.

Restrictiva contra est, quando verba latius patent, quam ratio legis, adeoque interpretatione casus excipitur, quem verba legis comprehendere videntur. E. g. Lex erat Bononiæ, ut refert Everard. *Topic. legal. lib. II, tit. 8*, ut, quicumque sanguinem in platea publica fuderit, capitis damnetur; barbitonsor in platea venam secuerat hemiplexia correpto; quærebatur, an in legem inciderit? Negabatur, quamvis legis verba admodum essent generalia. Legis enim ratio erat securitas pu-

blica; eâ autem venæ sectione non turbatur. *Declarativa* denique est, si ratio legis cum ejusdem verbis pari passu ambulat, adeoque verba tantum explicanda sunt. E. g. Pater familias uti legassit de pecunia tutelave suæ rei ita jus esto. Hìc si explicavi, quis dicatur paterfamilias, quid sit legare, quid pecunia, quid tutela suæ rei, alter statim intelliget totam legem.

Apud nos quoque id judici incumbit officii, ut leges ad quasvis species obvenientes adplicet, modò id observet ne aliter quam de speciali causâ ipsi subjectâ cognoscet; non verò jus reddat sententiâ velut generali futurâque in deinceps judiciorum regulâ. *Cod. Nap. art. 5.*

§. XXIX.

Hæc de interpretatione legum. Sequitur earum *Adplicatio;* quæ in quo consistat, elegantissimis verbis Cic., *lib. I, de Orat., cap. 18*, docemur. Is ergo dicitur jura adplicare, vel uti hodie loquuntur, in praxi versari, qui juris peritus est 1°. ad *respondendum :* quod est officium Jurisconsultorum, maxime in academiis Germaniæ, ubi quotidie ad species propositas responsa dant consulentibus; 2°. ad *agendum;* quod est advocatorum et procuratorum, qui aliorum desideria in foro proponunt; 3°. ad *cavendum;* quod est advocatorum et notariorum, qui, ubi contractus ineundi, testamenta facienda, vel alia negotia civilia explicanda sunt, instruere debent alios, quid cavere debeant, ne vel decipiantur, vel actus nullus sit; 4°. addimus ad *judicandum;* quod est officium judicum, ut, audito partium jure et probatis factis, i. e. caussa cognita, sententiam ferant secundum acta et probata. Hæc qui probe scit, vere Jurisconsultus est, et, ut Cicero alibi loquitur, totius civitatis oraculum.

§. XXX et XXXI.

Definitionem Jurisprudentiæ sequuntur aliquot divisiones; quarum prima est, quod Jus sit vel *publicum* vel *privatum*, quæ divisio non a fine, sed objecto dicitur. Ratione finis enim omnis Jurisprudentia est publica, quia ad utilitatem publicam comparata est. Inde et jus

privatum haud semel publicum dicitur, veluti in *l. 38, ff. de pactis; l. 8, ff. de Tutel. l. 29, ff. de Testam. Tut. l. 9, ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*; ubi tutela dicitur publici juris ratione finis et originis, cum publica esse negetur *l. 6, §. 1, ff. de excusat.* puta, ratione objecti. Sed ratione objecti, ut dixi, in publicum et privatum recte dividitur. Aliud enim est jus, quod versatur circa negotia publica, e. g. circa jura imperantium, circa bellum, pacem, legationes, fœdera; aliud, quod de privatis negotiis, i. e. de meo et tuo, agit, e. g. de contractibus, pactis, testamentis, legatis. Unde utriusque juris definitiones facile intelliguntur. Nimirum Jus publicum est, quod de statu juribusque rerum publicarum præcipit, i. e. quod docet, quænam sint jura imperantium, quænam subditorum, quis inter utrosque nexus, etc. unde totuplex est hoc jus, quot sunt respublicæ. Privatum contra est, quod ad singulorum utilitatem, i. e. ad meum, tuum, vel ad privatum singulorum patrimonium spectat. Hinc e. g. si ex furto ago ad duplum vel quadruplum restituendum, actio hæc est juris privati, quia hæc res ad privatum patrimonium pertinet. Contra si procurator fisci furem persequitur, ut laqueo suffocetur, persecutio hæc est juris publici. Non enim hic de meo et tuo quæritur, sed de securitate reipublicæ, cujus vel maxime interest, fures e medio tolli.

§. XXXII.

Altera divisio juris est, quod sit vel naturale vel gentium vel civile. Et de hac divisione sequente titulo ex instituto agitur.

TITULUS II.

De Jure naturæ, gentium et civili.

§. XXXIII.

Vel ipsa rubrica hujus tituli indicat, tres esse ejus partes. Agitur enim 1°. de jure naturali, §. 33-36; 2°. de jure gentium, §. 37-42; 3°. de jure civili, §. 43-74. Res redit ad varias juris divisiones, quæ paullo altius hic sunt repetendæ.

Jus variis modis accipi, in *l. 11 et 12*, *ff. de Just. et Jur.* observatum. In hoc titulo per *jus* intelligimus *complexionem omnium legum unius generis.* Quales ergo sunt leges quæ in unum corpus vel systema compinguntur, tale est jus, et tale illud nomen sortitur. E. g. si omnes leges ecclesiasticas in unum corpus compingo, habeo jus ecclesiasticum : si feudales, habeo feudale : si nauticas, jus nauticum : si civiles, jus civile, etc.

Hinc habemus, *Codicem civilem*, *Codicem forensem*, *Codicem pœnalem*, etc.

§. XXXIV.

Inde vero fluit prima juris divisio, quod sit vel *divinum* vel *humanum*. Divinum est, quod omnes leges ab ipso Deo immortali latas complectitur : humanum, quod leges ab hominibus latas inculcat. Quum enim, ut paullo ante §. 33, docuimus, tale sit jus, quales sunt leges : necessario sequitur, ut ex legibus divinis nascatur jus divinum; ex legibus humanis jus humanum. Hæc facilia sunt intellectu.

§. XXXV.

Divinum subdividitur in *naturale*, vel *positivum*. Deus enim est legislator supremus : legislator autem non

solum leges excogitat, sed et easdem promulgat, nec obligare lex potest nisi promulgata. Hinc ridiculum est, quod de C. Caligula refert Sueton. *c. 41*, eum legem proposuisse minutissimis litteris et in angustissimo loco, ne quis describere posset; quasi lex obligaret, quæ subditis per promulgationem non innotescit. Itaque et Deus tanquam supremus legislator leges suas promulgat, ut hominibus innotescere possint : idque vel per *rationem*, ut homo, secum si ratiocinari vellet, quid justum sit, statim possit cognoscere, vel per *revelationem*, seu Scripturam sacram, ut eam legentes ejus voluntatem intelligant. Quod ergo jus per rationem innotescit, naturale : quod per solam revelationem seu Scripturam, positivum adpellatur. E. g. ipsa recta ratio docet, homicidia esse illicita : est ergo hoc Juris naturæ. At ratio non docet, sabbathum esse observandum, christianos esse baptismo lustrandos, etc. sunt ergo hæc Juris divini Positivi.

Nec obligare lex potest nisi promulgata. Ita *Cod. Nap. art. 1.*

§. XXXVI et XXXVII.

Jam ergo videbimus, 1°. quomodo jus naturæ et gentium definiatur in jure nostro, §. 36-39; 2°. quomodo id ex sanioribus principiis rectius definiri possit, §. 40, 41. Jus naturale Ulpiano in *l. 1, §. 3, ff. de J. et J. et* Justiniano *pr. Inst. h. t.* est, *quod natura omnia animalia docuit* : jus gentium *quod solis hominibus inter se commune est*. Miræ definitiones, contra quas multa disputantur. Nam 1°. animalia bruta destituta sunt ratione. Quæ vero ratione carent, legibus obstringi nequeunt. Quis, quæso, leges præscripserit arbori, ut saltet; equo, ut cantet; capro, ut castus sit? Ratione hæ res carent, adeoque nec leges intelligunt, neque iis possunt obligari. Si legibus obligari non possunt, sane nec jus in eas cadit; adeoque falsum est, quod jus naturale natura omnia animalia docuerit, multoque verius est, quod canit Hesiod. *Op. et D. l. I.*

Τὸν δὲ γὰρ ἀνθρώποισι νόμον διέταξε Κρονίων,
Ἰχθῦσι μὲν καὶ θηρσὶ καὶ οἰωνοῖς πετεηνοῖς

Ἔσθειν

Ἔσθειν ἀλλήλυς. ἐπεὶ ὐ δίκη ἐςὶ μετ' αὐτῶν.
Ἀνθρωποῖσι δ' ἔδωκε δίκην ἣ πολλὸν ἀρίςη.

Humano generi nam lex datur, a Jove summo,
Quippe feræ, pisces, avium genus altivolantum
Mutua se vertunt in pabula, juris egentes:
Justitia at nobis, quæ res est optima, cessit.

2°. Exempla hujus juris animalibus omnibus cum homine communis dari nequeunt. In *princ. Inst. h. t.* proferuntur exempla, conjunctio nimirum maris et feminæ, educatioque sobolis, quippe quam et hominibus et brutis natura inculcat. Sed quamvis fateamur, bruta conjungi et procreare fœtum, pullis ubera præbere: id tamen non faciunt ex obligatione juris, sed ex impetu naturali, ipsaque nesciunt, quid agant.

Quomodo ergo in has definitiones inciderunt veteres? Sunt, qui Stoicos, quos Jurisconsulti secuti sunt, brutis rationem tribuisse contendunt. Sed id nec Stoici fecerunt, ut ex Plutarchi *libro de solertia animalium* docemur, nec Jurisconsulti, qui in *l.* 1, §. 3, *ff. si quadr. paup. fec.* bruta sensu carere dicunt. Vera ergo Stoicorum Jurisconsultorumque hypothesis hæc fuit: secundum jus vivere, est secundum naturam vivere; natura est vel brutis cum homine communis, vel homini propria: secundum illam vivere, est secundum jus naturæ vivere: secundum hanc, ad regulas juris gentium: inde ergo fluit utraque definitio, quam dedimus. E. g. se defendere adversus aggressores, commune est brutorum et hominum: ergo est juris naturæ. At pacta servare, naturæ humanæ proprium est; bruta enim non paciscuntur: ergo est juris gentium. Veram hanc fuisse veterum Jurisconsultorum sententiam luculenter patet ex *l.* 1, §. 3, 4, *ff. de Just. et Jure.* Sed sciverunt tamen veteres, in bruta non cadere obligationem, adeoque nec jus illis tribui posse: cur ergo illis nihilominus jus naturæ tribuerunt? Audiamus Cujacium eleganter respondentem in *Not. prior. ad pr. Inst. h. t.* — *Jus in bruta non cadit, nam nec injuria cadit. Denique, ut rationis, ita juris expertia bruta sunt. At, quæ bruta faciunt incitatione naturali, ea si homines faciant, jure naturali faciunt.* Hæc ergo Stoicorum, hæc veterum

Jurisconsultorum sententia, e. g. bruta se defendunt ex impetu atque incitatione naturali, sine ratione et consilio. Si idem homines faciant cum consilio et ratione, tunc eos secundum jus naturæ agere dicebant.

§. XXXVII, XXXVIII et XXXIX.

Duplex vero veteribus est jus gentium, primarium et secundarium. Quamvis enim hæc vocabula artis nusquam in Jure nostro reperiantur: res ipsa tamen ibidem omnino reperitur. *Primarium est, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, et apud omnes peræque custoditur.* §. *8*, *Inst. h. t.* — *Secundarium*, quod usu exigente et humanis necessitatibus est introductum, §. *1*, *Inst. eod.* Differunt ergo hæc jura 1°. ratione originis: Primarium ab ipsa ratione, vel Deo potius, ejus auctore, est; secundarium gentes per pactum tacitum introduxerunt. E. g. pacta servanda esse, ratio homines docet: at, quod bello capti servi fiant, ea gentes tacito inter se constituerunt pacto. Est ergo prius juris gentium primarii: posterius secundarii. 2°. Differunt materia. Jus primarium est absolutum, quod in hominem absolute cadit, tanquam hominem: e. g. religio erga Deum, pactorum sanctimonia. Jus secundarium est hypotheticum: non enim locum haberet, nisi poneremus certas necessitates vel certos status. Sic e. g. furtum non esset prohibitum, nisi dominia rerum introducta ponamus; bellum non esset juris, nisi statum ponamus, ubi judiciis destituuntur homines.

§. XL.

Exposuimus hactenus doctrinam veterum de Jure Naturæ et Gentium: jam quæritur, an non adcuratius utrumque Jus possit definiri? Id sane nemo negaverit. Recentiores enim, ex quo paullo accuratius Jus Naturæ excoluerunt, animadverterunt, definitionem non nisi ab ejus auctore et promulgatione esse petendam. Jam cum auctor hujus juris sit Deus, promulgatio vero facta sit per rectam rationem, commodissime sane definietur, quod sit *Jus ab ipso Deo generi humano per rectam ra-*

tionem promulgatum. Eodem fere modo Apostolus sibi concipit jus naturæ, dum dicit ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις ἐθνῶν, opus legis cordibus etiam gentilium inscriptum. *Rom.* 2, 15. Dicitur enim cordibus inscriptum hoc jus eo sensu, quod per ipsam rectam rationem statim unicuivis innotescat, modo recta ratione utatur, eamque in consilium adhibere velit. Ex ea ergo definitione simul videmus, 1°. falsum esse, quod cum scholasticis tradit Grotius *de J. B. et P.* §. 11, *proleg.* fore aliquod jus naturæ, etiamsi diceremus, quod sine summo scelere dici nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana. In eo, inquam, ratio fugit virum magnum. Nam jus est complexio legum, (§. 33) ubi ergo nulla est lex, ibi nullum jus : nulla autem lex est, ubi nullus legislator; nullus legislator, ubi nullus Deus : ergo sublato Deo tolleretur Jus naturæ. Posset quidem et atheus, etiamsi Deum existere negaret, secundum juris naturæ præcepta vivere, a furto, cædibus, injuriis abstinere, sed id tunc non faceret obsequio juris, sed intuitu propriæ utilitatis, quia videt, se aliter in societate humana ferri non posse. Deinde ex hac definitione etiam videmus; 2°. jus naturæ esse immutabile, §. 11, *Inst. h. t.* Nam et Dei voluntas ex qua proficiscitur, et ratio, per quam promulgatur, immutabilis est. Si ergo mutaretur Jus Naturæ, vel Deus non amplius esset Deus, vel id fieret rationi adversum, quod antea erat eidem consentaneum : quod absurdum. Neque ergo Jus Naturæ mutari potest. At dicitur tamen mutari. *L. 6, pr. ff. de Just. et Jure*, et quidem per Jus Civile. Imo id negatur. Nam distinguit 1°. inter Jus Naturæ *permissivum* et *præceptivum.* Illi humanum genus renunciare potest, tamquam juri in sui favorem introducto : de hoc vero recte dicitur, quod mutari nequeat. Atqui de illo potissimum loquitur, *L. 6, pr.* E. g. Lex præceptiva est, neminem læde. Hanc nulla lex civilis evertere vel mutare potest, et si princeps quidam vel tyrannus id auderet, obtineret illud apostolorum *Act.* 5, 29, πειθαρχεῖν δεῖ θεῷ μᾶλλον ἢ ἀνθρώποις, magis Deo obediendum quam hominibus. 2°. Distinguendum inter mutationem juris; et attemperare illud ad statum reipublicæ. Illud fieri non potest : hoc autem quia salvum relinquit Jus

Naturæ, et tantum ei circumstantias quasdam addit, omnino recte fit a quocumque legislatore. E. g. pacta sunt servanda, est Juris Naturæ. Jus Civile addidit hanc circumstantiam, ut pacta non sint nuda, sed certa cum stipulatione conjuncta. Non mutat ergo regulam, sed circumstantiam addit, quam exigere videbatur status reipublicæ. Et de hac attemperatione Jus Nostrum ad statum civilem loquitur *d. l. 6, pr. de Just. et Jure*.

§. XLI.

Definivimus Jus Naturæ: quid vero Jus Gentium? Est *ipsum jus naturale integrarum gentium negotiis et caussis adplicatum*. Non ergo jus naturæ et jus gentium sunt duo diversa jura, ut sibi persuaserunt veteres Jurisconsulti scholastici et ipse Grotius; sed unum idemque jus: prò diverso subjecto, modo naturale dicitur, modo gentium. Si enim negotiis et caussis privatorum adplicatur, dicitur Jus Naturale: sin negotiis et caussis gentium, dicitur Jus Gentium. E. G. pacta sunt servanda, est regula Juris Nostri. Si fingamus, Titium Mævio promisisse 100 aureos, eosque non præstare, dicemus, illum violasse Jus Naturæ, quià privatus uterque est: at si fingamus fœdus inter se pactos Hispanos atque Gallos, et alterutram gentem non satisfacere legibus istius fœderis, dicemus, eam gentem fœdifragam esse contra Jus Gentium; et tamen idem jus utramque jussit pacta servare. Sunt, qui objiciant, ea tamen, quæ sunt Juris Gentium secundarii, non posse ex Jure Naturali derivari, e. g. bella, servitutes, etc., adeoque dari Jus Gentium a Jure Naturali diversum, vid. Sam. Rachelius *in diss. singulari de Jure Gentium* et B. Huberus *digress. lib. 5, c. 9*, sed jam ostendit Puffendorfius, omnia, quæ ad Jus Gentium secundarium referri solent, vel esse vere Jur. Nat. ut bellum; vel tantum ex moribus gentium fluere, adeoque Juris potius Civilis esse, quam Gentium, e. g. servitutem bello captorum, jus sepulturæ, etc. Maneat ergo firmum et fixum, non dari Jus Gentium a Jure Naturæ diversum.

§. XLII.

Redimus ad superiorem divisionem. Jus erat vel divinum vel humanum : divinum iterum vel naturale vel positivum. De Naturali hactenus diximus : sequitur jam Positivum. Est vero *Jus divinum positivum, quod per sacras litteras promulgatum, ex sola recta ratione non innotescit.* Maxime ergo a naturali differt, quamvis a Deo utrumque sit. Nam 1°. naturale est per rationem, hoc per sacras litteras promulgatum. 2°. Illud est æternæ necessitatis, et ita cum recta ratione conjunctum, ut vel ea sola innotescat ipsis etiam gentibus. At hoc non est æternæ necessitatis, sed ex libera Dei voluntate dependet, adeoque nesciret homo, id justum esse, nisi sacræ litteræ id docerent, e. g. quæ Deus Israelitis præceperat de circumcisione, de sacrificiis, de usu animalium impurorum prohibito, erant jura divina, sed quæ non erant æternæ necessitatis; nec ratio Judæis dictare potuisset, nefas esse, suem vel leporem comedere, nisi scriptura id revelasset. Jus hoc positivum divinum in *Universale* et *Particulare* dividitur. *Universale* vocant, quod toti generi humano commune, e. g. leges *Gen. 9, 6. Levit. 18, 20* : *Particulare*, quod genti Judaïcæ proprium est, e. g. leges de circumcisione, sacrificiis, usu animalium, lepra, et reliquæ ceremoniales et forenses. Sunt quidem, qui Juri universali positivo status quæstionem movent, negantque, hujusmodi Jus dari : sed de ea controversia alibi erit dicendi locus, cum illam tirones non capiant.

§. XLIII.

Progredimur ad Jus humanum vel civile, adeoque ad tertiam hujus tituli partem. Dicitur *Jus civile, jus quod quisque populus sibi constituit et cujusque civitatis proprium est, l. 9, ff. de Just. et Jure.* Unde differt a Jure Naturali et Gentium, quod non uni alicui genti vel civitati proprium, sed universo generi humano commune est. Multa nimirum singulæ gentes præcipiunt, multa prohibent, quæ in se nec turpia nec honesta sunt,

sed, quia reipublicæ utilitas id exigit, justa fieri incipiunt. E. g. venari feras, non est injustum, et potest tamen id jure civili gentium multarum prohiberi, quum alii id permittant. Ita et militare in se nec honestum nec turpe est, sed lex tamen Romana jubebat omnes ingenuos per certos annos stipendia facere. Quæcumque ergo singuli populi circa hujusmodi sanciunt, ea Juris Civilis esse dicuntur. Patet inde, 1°. Jus Civile non esse omnibus gentibus unum idemque, quia nec omnibus idem utile vel noxium. 2°. Tot esse Jura Civilia, quot sunt civitates vel respublicæ. Attamen 3°. quia plerique populi moratiores Juri Romano ob summam æquitatem se sua sponte submiserunt, id κατ᾽ ἐξοχὴν et propter summam eminentiam Jus Civile dici, item Jus commune. Ergo ubi hodie de Jure Civili vel Communi loquimur, plerumque Romanum intelligere solemus.

§. XLIV.

Jus hoc Civile dividitur in scriptum vel non scriptum. Sed hic ante omnia tenendum, scribere hic non accipi grammatice, pro, redigere in litteras: datur enim jus scriptum, quod numquam in litteras redactum est, et datur etiam jus non scriptum, quod tamen in litteras redactum; e. g. consuetudines feudales, quæ in Corpore Juris occurrunt. Quid ergo Jurisconsultis hic est scribere, si significationem grammaticam non sequuntur? Resp. *Scribere* Jurisconsultis est *promulgare*; Jus *scriptum*, *promulgatum*; jus *non scriptum*, *non promulgatum*. Quam significationem et Græcis non ignotam fuisse in nota * docui. Quodcumque ergo jus expresse promulgatum est, sive scriptura, sive voce præconis, sive alio quocumque modo, id dicitur Jus scriptum, sive in scripturam redactum sit, sive non redactum. Hinc e. g. Lacedæmonii usi sunt jure scripto, quamvis numquam in scripturam redactæ sint Lycurgi leges. Quodcumque ergo jus tacite et sine promulgatione in republica invalescit, sive postea in scripturam redigatur, sive non redigatur, non scriptum dicitur. E. g. Consuetudines feudales. Exinde apparet, non accurate Justinianum §. *10*, *Inst. h. t.* hanc juris partitionem arcessere a moribus Lacedæmo-

niorum et Atheniensium, quasi illi jure non scripto, hi scripto usi sint; vere enim utraque civitas jure scripto regebatur. Lycurgus enim non minus quam Solon leges suas sollemniter promulgaverat, quamvis eas litteris consignari noluerit. Erravit ergo Justinianus, nisi jus scriptum accipias in sensu grammatico; hoc enim sensu vere Athenienses jure scripto, Lacedæmonii jure non scripto usi sunt. At tunc perperam dicitur hæc divisio ab illis civitatibus originem sumsisse.

Codex Napoleo agnoscit juris non scripti autoritatem, ceu patet *ex art. 674 in fine, 1648, et passim.*

§. XLV.

Juris scripti sex species sunt: 1°. lex, de qua §. 46; 2°. plebiscitum, de quo §. 47; 3°. senatus-consultum, de quo §. 48-50; 4°. principum placita vel constitutiones, de quibus §. 51-63; 5°. magistratuum edicta, de quibus §. 64-67; et denique 6°. responsa prudentum, de quibus §. 67-70. Et eo ordine species juris scripti recensentur in §. 3, *Inst. h. t.* Sed posset cuidam dubium suboriri ex duobus locis obstantibus. Nam in hoc §. 3, jus ex responsis prudentum ortum, scriptum dicitur, contra *l. 2, §. 5 et 12, ff. de origine juris, sine scripto venire* dicitur, et *sine scripto in sola prudentum interpretatione consistere.* Sed salva res est, si distinguas tempora. Responsa prudentum initio fuere jus non scriptum, quia numquam per modum legum promulgata sunt, sed tacite in foro auctoritatem consecuta. Ex quo autem Justinianus ea in Digesta retulit, et tamquam leges ab omnibus observari jussit, sane Jus scriptum esse cœperunt, tamquam sollemniter promulgatum. Sed de hoc in ipsa nota *. Pergimus ad singulas juris scripti species.

§. XLVI.

Earum prima est *Lex.* Hæc hoc loco non accipitur in sensu hodierno, quo omne præceptum summorum imperantium lex dicitur: sed in sensu Romano. Ergo ex antiquitatibus paulliper repetendum, quomodo leges latæ

fuerint Romæ. Primo ergo 1°. lex scribebatur a consule vel prætore, dictatore aliove magistratu, et communicabatur cum senatu. 2°. Si lex senatui placeret, fiebat Senatusconsultum de lege ferenda. 3°. Hinc lex promulgabatur, i. e. proponebatur publice per trinundinum, id est, per 27 dies, ut unusquisque civis eam legere et expendere posset. 4°. Hinc indicebantur comitia, quibus singuli cives intererant. 5°. Facta re divina prodibat magistratus senatorius, et legem rogabat formula : Velitis jubeatis, Quirites, an hæc lex recipienda sit? 6°. Tum singulis civibus distribuebantur duæ tabulæ, una, cui inscriptum A (antiqua probo), una, cui inscriptæ litteræ V. R. (uti rogas). 7°. Hinc porro cives centuriatim vel tributim ibant per partes, et alterutram tabulam conjiciebant in cistulam. Quidquid ergo placeret civibus, id licitum erat, poterantque vel probare legem, vel antiquare. 8°. Denique dinumeratis tabellis, si plures cum littera A. reperiebantur, lex pro rejecta habebatur : sin plures cum litteris V. R. lex tamquam populi suffragiis probata promulgabatur. Plura diximus in *Antiq. Rom. h. t.* Jam ergo facile intelligimus definitionem legis. *Lex* est, quam populus Romanus (universus) senatorio magistratu (veluti consule, vel prætore, vel dictatore), constituit. Nimirum inde patet, libera republica duo fuisse legis requisita : 1°. ut lex ferretur a toto populo, qui e patriciis et plebeiis constabat ; 2°. ut ferretur rogante magistratu senatorio.

§. XLVII.

Unde statim intelligimus, quomodo a lege differat Plebiscitum. Hoc enim 1°. non a toto populo ferebatur, sed a solis plebeiis; 2°. non rogante magistratu senatorio, sed plebeio, i. e. tribuno aliquo plebis. Quum enim, ejectis regibus, maxima esset inter patres et plebeios discordia, illique aristocratiam, hi democratiam stabilire conarentur, demum in montem sacrum secesserunt plebeii, nec prius reversi sunt in urbem, quam singularem impetrassent magistratum, puta tribunos plebis, qui plebem adversus consulum et senatus injurias defenderent,

T. Liv. lib. 11, c. 33; l. 2, §. 20, ff. de orig. jur. Hi tribuni cum essent sacro-sancti, i. e. inviolabiles, nihil fecerunt reliqui, ut summam potestatem ad se traherent, et veram introducerent democratiam. Et hinc et leges per plebis suæ suffragia ferre incipiebant, quæ plebiscita vocabantur. Hinc novæ lites. Senatus enim vel patres non solum tribunis hujusmodi leges laturis acriter resistebant, verum etiam, si perlatæ essent, se illis teneri negabant. Hinc post multas discordias a. u. c. 304, lata lex Horatia a M. Horatio Cons. cautumque, ut, quod tributim plebs jussisset, populum (universum) teneret, *T. Liv. l. III, c. 55.* Postea, quum novis cavillationibus legem Horatiam eluderent, successit a. u. c. 414, lex Publilia, a Q. Publilio Philone, dictatore, lata, ut Quirites omnes tenerent plebiscita, *T. Liv. l. VIII, c. 12.* Denique cum de novo tergiversarentur patres, plebs ad seditionem consternata denuo in montem Janiculum secessit, non prius reditura, quam per Q. Hortensium, dictatorem, a. u. c. 456, lex Hortensia esset lata, eaque leges Horatia et Publilia in usum revocatæ. *Gell. lib. XV, c. 28; l. 2, §. 8, ff. de orig. jur.* Ex eo ergo tempore ratione effectus nihil fuit inter leges proprie dictas et plebiscita differentiæ: utraque enim populum universum obligabant; unde et paullatim leges dici cœperunt plebiscita, et in ff. nostris fere semper ita vocantur, e. g. lex Aquilia, Falcidia, Atilia. Confer *Gell. lib. 20, c. 20, et Cic. Orat. II, de lege Agraria, c. 8.*

§. XLVIII, XLIX et L.

Tertia species juris scripti sunt *Senatus-Consulta*, quæ secundum diversa tempora consideranda. Alia enim erant Senatus-Consulta *tempore liberæ reipublicæ, alia sub imperatoribus.* Tempore liberæ reip. quidem fiebant Senatus-Consulta, sed ea non erant leges, quia senatus non gaudebat potestate legislatoria. Erant ergo tunc Senatus-Consulta decreta senatus de rebus ejus curæ demandatis, e. g. de ferendis legibus, de provinciis sortiendis, de delectu militum habendo, etc. Modum condendi Senatus-Consulta descripsimus in *Ant. Rom. l. 1, tit. 2,*

§. *48.* Idem mos adhuc obtinebat sub Augusto, imperatore, qui non per senatum, sed per suffragia populi leges ferebat, ne regium imperium adfectare videretur. Sed primus Tiberius callide persuasit populo, molestum ei esse in unum convenire, §. *5*, *Inst. h. t. l. 2*, §. *9*, *ff. de O. J.* et hinc quasi populum onere levaturus, comitia e campo transtulit in curiam. *Tac. Annal. l. 1, c. 15.* Id vero eo consilio fecit, ut omnia posset suo arbitrio mutare: senatores enim tunc erant serva pecora Tiberio ad omnia obnoxia, quæ non auderent illi ulla in re refragari. Modus vero condendi hæc Senatus-Consulta hic erat, ut 1°. frequente senatu confluente imperator præmitteret orationem, qua novam legem suadebat; unde et ipsa Senatus-Consulta sæpe vocantur *orationes principum*, vel jura orationibus principum constituta. Vid. Jurisconsultus eruditiss. Scipio Gentilis *de orationibus principum.* 2°. Ea oratio legebatur a quæstore candidato, *l. un.* §. *2 et 4*, *ff. de offic. quæst.* 3°. Hinc relatio fiebat a consule, et senatores rogabantur sententiam. 4°. Dictis sententiis pronuntiabat Cæsar: *qui hæc sentitis, in hanc; qui alia omnia, in illam partem discedite, qua sentitis.* Quo facto 5°. senatores surgebant et singuli in eam partem ibant, quacum sentirent. 6°. Si itaque pluribus sententiis esset probata principis oratio, tunc in eam sententiam scribebatur Senatus-Consultum, idque deinde æri incisum et publice propositum ærario Saturni inferebatur.

Obiter notandum, Senatus-Consulta nomina accepisse plerumque a consule, qui ad senatum retulerat, e. g. Senatus-Consultum Trebellianum, Velleianum, Tertullianum, Orphitianum. Unum est, quod ab improbo et scelesto homine, qui Senatus-Consulto occasionem dederat, cognominatum, puta Macedonianum a Macedone, improbo fœneratore dictum, *l. 1, pr. ff. de Senatus-Consulto Macedon.*

Sed quæritur, quamdiu Senatus-Consulta in usu fuerint? Tamdiu, quamdiu dissimulandum videbatur imperatoribus. Hinc sub Antonino Severo, Antonino Caracalla, Elagabalo et Alexandro adhuc Senatus-Consulta memorantur facta: post ea tempora vix eorum nomen

auditur. Nam quia 1°. jam populus Romanus imperio monarchico adsueverat, et 2°. per legem regiam omne jus in imperatores contulerat : rarius Senatus-Consulta fieri cœperunt, et pleraque nova jura introduci cœpere per constitutiones principum. Tales jam Vespasiani temporibus prodire cœperunt, ut docet exemplum *l. 4*, §. *7*, *ff. de legation.*

§. LI.

Quarta ergo species juris scripti sunt *Constitutiones*, de quibus quæritur, 1°. quid sint? §. 51; 2°. quotuplices? §. 52-55; 3°. an vim legis habeant? §. 56-58; 4°. quid sint privilegia, quotuplicia, et quid circa ea justum sit? §. 59-63.

I. Quid sint, brevi hac definitione explicamus: *Sunt principum placita, quæ, si principes volunt, legis habent vigorem.* Tota definitio habetur in *l. 1*, *pr. ff. de Const. princ.* præter verba, *si principes volunt*; *quæ* adjecimus ex §. *6*, *Inst. h. t.* Scilicet non omnes epistolæ vel constitutiones principum pro lege sunt, sed quas princeps pro lege vult a subditis observari. Hinc nec ejus litteræ privatæ (quales Trajani, imperatoris, ad Plinium, *lib. X Ep. Plin.* exstant), pro legibus valent; nec rescripta ad preces privatorum emanata, quippe quæ semper tamquam subreptitia et obreptitia impugnari possunt, si veritate non nitantur preces, ut infra §. 56, ostendemus. Constitutiones itaque principis pro legibus sunt, *si principes velint.*

§. LII.

II. Sed quæritur porro, quotuplices sint? Aliæ sunt *generales*, aliæ *speciales*. Generales sunt, quibus princeps omnes vult obstringere, e. g. si edictum publicet, ut, qui duellum inierint, capitis damnentur. *Speciales* contra, quibus extra ordinem uni personæ aliquid vel indulgetur vel imponitur, ita ut ad exemplum non trahatur, e. g. si princeps Titio indulget privilegium monopolii, si unum ex civibus extra ordinem severius punit. Exemplum habemus in *l. 1*, §. *fin. ff. de his, qui sui vel*

alieni. Et hæ speciales constitutiones etiam privilegia dicuntur, de quibus infra §. 59, seq. dicemus. Generales porro dividuntur in *Rescripta*, *Decreta*, *Edicta*; de quibus in seqq. §. separatim agendum.

§. LIII.

(*a*) *Rescripta* sunt, quibus princeps ad libellos vel ἀξιώσεις partium vel ad consultationes magistratuum respondet. Sæpe enim privati litteras supplices (*lene request*) offerebant principi, quibus hanc vel illam injuriam sibi fieri conquerebantur: sæpe etiam magistratus, sæpe integræ universitates, municipia, coloniæ principes consulebant. Quidquid ergo tunc princeps respondebat, id dicebatur *Rescriptum.* Sed tamen rescripta, pro diverso statu consulentium, modo *Adnotationes* vel *Subnotationes*, modo *Epistolæ*, modo *Sanctiones pragmaticæ* dicuntur. (α) *Adnotationes* vel *Subnotationes* sunt, quibus princeps respondet ad libellos vel ἀξιώσεις partium seu privatorum. Elegans exemplum est in *L. 9, ff. ad l. Rhod. de jactu.* (β) *Epistolæ*, quibus princeps ad consultationem magistratuum respondet. Exempla plura Trajani sunt *in lib. X Ep. Plin. et L. 6*, §. *3*, *ff. de offic. Procons.* (γ) *Pragmaticæ sanctiones*, quibus princeps rescribit ad consultationem integræ universitatis, e. g. provinciæ, urbis, municipii, collegii. Exemplum est in *L. 3*, §. *5*, *de offic. Procons.*

§. LIV.

(*b*) Jam ad *Decreta*, quæ erant constitutiones, quibus principes, caussa inter partes cognita, vel sententiam ferebant, vel de plano interloquebantur; quæ definitio ex *l. 1*, §. *1*, *ff. de const. Princ.* desumta est. Nimirum sæpe caussæ graviores per appellationem deferebantur ad ipsos principes, sive civiles essent, sive criminales. Exemplo esse poterit caussa apostoli Pauli, qui, accusatus seditionis, quum ad Cæsarem provocasset, Romam ad Cæsarem mittebatur. *Act. 25, 11, 12.* Eum in finem Romæ erat consilium Jurisconsultorum, in palatio principis; qui caussas audiebant et principem de ferenda sen-

tentia instruebant. Vid. Spartian. *vita Hadriani, c. 18. Quum indicaret, in consilio habuit non solos amicos, aut comites solum, sed Jurisconsultos, et præcipue Julium Celsum.* Quidquid ergo auditis partibus pronunciabat princeps, id decretum dicebatur. Aliquando tamen distinguuntur decreta et interlocutiones. *Decreta* sunt sententiæ, quas princeps adhibito sollemni ordine et strepitu judicii ferebat; exemplum est *in* §. *ult. Inst. de vulg. substitut. Interlocutiones*, quas de plano et sine strepitu judicii proferebat. Exemplum habes in *l. 7, ff. ad l. Jul. de vi privat.*

§. LV.

(c) Reliqua sunt *Edicta*, quæ sunt constitutiones, quibus princeps aliquod jus novum motu proprio ad universorum civium utilitatem constituit. Unde differunt (α) a *rescriptis*, quia in edictis motu proprio, in rescriptis ad preces aliorum princeps aliquid constituit. (β) A *decretis*, quia edictis jus novum constituit, per decreta jus vetus tantum applicatur. (γ) A *mandatis*, quia edicta ad universos cives, mandata tantum ad certas personas pertinent. Sic e. g. magistratibus, legatis, ducibus bellicis sæpe dantur certæ formulæ, quid agere debeant (hodie vocantur *instructiones*) : eæ non sunt edicta, sed mandata, quia non omnes cives, sed illum, cui datæ sunt, obligant.

§. LVI, LVII et LVIII.

III. Ex his ergo definitionibus facile explicatur quæstio tertia : an hæ constitutiones principum jus faciant? Nimirum (*a*) quod ad *Rescripta* attinet, illa non semper faciunt jus, sed aliquando plane nihil valent : (α) Si preces veritate non nitantur. Neque enim princeps mandare aliquid tenetur ad simplicem unius partis narrationem, nisi ea conditione, *si preces veritate nitantur.* Evolvenda hic et notanda *l. ult. C. divers. princ. rescr.* (β) Si principes non subscripserint, vel dies et Consul non sit additus, vel hodie sigillum, *l. 3, l. 4, C. eod.*; ubi notandum, principes olim subscripsisse colore pur-

pureo ex murice cocto, qui vocabatur *sacrum encaustum*, quo præter principem nemini uti fas erat. Conf. Sam. Stryck *Diss. de sacro encausto.* (γ) Si rescriptum impetratum esset in detrimentum reip. aut in præjudicium juris tertio quæsiti. Pertinet huc *totus titulus C. si contra jus vel util. publ.* maxime *l. 6.* Obiter observandum, Rescriptis hujusmodi vitio quodam laborantibus in foro opponi solere *exceptionem*, quæ *Subreptionis* et *Obreptionis* a practicis vocari solet.

(*b*) De *Decretis* notanda regula : Decreta vel Sententiæ principum tantum jus faciunt inter partes, non inter alios. Sunt enim sententiæ : sententiæ autem non sunt leges, sed adplicatio legum, *l. 2, C. de Leg. et Const.* ergo nec jus faciunt, nisi inter partes. Excipiuntur tamen duo casus : (α) Quando princeps legem obscuram simul exponit, tunc simul ea expositio pro lege est *l. 12, C. eod.* (β) Quando princeps diserte jubet, ut eodem modo et in similibus casibus pronuncietur, *l. 3, eod.* Ex quo simul patet, quanto minus curiarum et judiciorum sententiæ et decisiones pro lege valeant, quum ne decreta quidem principis semper ea auctoritate polleant. Sic e. g. Sandius scripsit *Decisiones curiæ Supremæ Frisiæ*; similes passim B. Huberus dedit *in Prælect. ad ff.* et Vir Ampl. Zach. Huber. *in Observat. rerum judicatarum* : sed eæ non faciunt legem, et hinc sæpe hodiernæ decisiones Frisiæ ab antiquis illis discedunt, fatente laud. Hubero, *Obs. rer. jud. Obs. 93, p. 418,* ubi cum Sandio : Variant sæpe curiarum præjudicia, sibique sunt contraria. Imo sub uno ejusdemque curiæ tecto, modo hoc, modo illud, etiam in pari caussa, judicatur.

(c) De *Edictis* denique certa est regula, ea proprie esse leges, et hinc in jure nostro vocantur leges diserte, in locis allegatis. Quum enim constitutiones legis habeant vigorem, si princeps vult, §. 51, consequens est, ut edicta habeant legis vigorem, quia, dum ea proponit, diserte jubet illa ubique et ab omnibus observari.

§. LIX et LX.

Hactenus de constitutionibus generalibus : sequuntur speciales, quæ et Privilegia, quasi privæ leges dicuntur. Privus enim veteribus idem erat ac singularis. Ergo privilegium est lex singularis. Accuratior tamen definitio ex §. 6, *Inst. h. t.* dari potest, quod *privilegia* sint *constitutiones, quibus imperans vel ob meritum aliquid indulget, vel pœnam irrogat extra ordinem, ut tamen ad exemplum non trahatur*. Ex qua definitione facile responderi potest ad quæstiones : 1°. An privilegia recte leges dicantur? Resp. Sunt omnino leges, quia sunt præscripta a summo imperante. Sed objicitur, ea non obligare : privilegiatum enim juri suo renunciare et ab usu privilegii abstinere posse. Sed resp. obligant omnino, at non tamen privilegiatos, sed reliquos cives, ne scilicet hi privilegiatos in usu privilegii sui turbent; et horum respectu recte dicuntur leges. 2°. An differant privilegia et jura singularia? Resp. Hæc sunt beneficia certo personarum ordini sexuive a lege data; sic e. g. minores gaudent eo legis beneficio, ut possint restitui in integrum; uxores, ut ratione dotis gaudeant tacita hypotheca in bonis mariti, et reliquis creditoribus in concursu præferantur, etc., jam hæc jura singularia ibidem privilegia sæpe vocantur : sed differunt tamen proprie privilegia et jura singularia. 1°. Quia hæc a lege dantur etiam non petentibus, illa a principe impetranda sunt. 2°. Illa in singulas personas concipiuntur, ideoque dictæ privæ leges : hæc in plures personas ejusdem ordinis, sexus, conditionis. Primus hoc discrimen observavit ὁ πάνυ Cujacius, *Obs. lib. XV*, c. 8.

§. LXI et LXII.

Ex definitione jam sponte fluit *Privilegiorum divisio*: Quum enim privilegia sint constitutiones, quibus imperans vel ob meritum, etc. (§. 60) consequens est, ut sint vel favorabilia, vel odiosa. *Favorabilia* sunt, quibus ob merita aliquid indulgetur, e. g. jus monopolium exercendi, immunitas a tributis, etc. Exemplum habemus ap. *T. Liv. l. 39, c. 19*, ubi Hispalæ Fecenniæ, ob indicium

bacchanaliorum factum, datur gentis emptio, tutoris optio. *Odiosa* sunt, quibus pœna extraordinaria, major quam lege definita est, infligitur, e. g. in *l. 2, fin. ff. de his, qui sui vel alieni jur.* Quæstio ergo est: An licita sint privilegia odiosa? Resp. 1°. Libera republica prohibita erant per XII tabulas, quibus cautum: privilegia ne irroganto. 2°. Iis non usos esse nisi tribunos pl. turbulentos, veluti P. Clodium, qui Ciceroni aqua et igni interdicens ejusque domum consecrans privilegium irrogavit; de quo ipse queritur in orat. *pro domo, c. 17 et seq.* 3°. Bonos principes posse hujusmodi majorem pœnam extra ordinem infligere, si vel exemplo opus sit ob sceleris frequentiam, ut in *d. l. 2, ff. de his, qui sui, etc.* vel insignis dolus severiorem animadversionem mereatur, quale exemplum est in *l. ult. ff. si quis a patre manum. etc.* 4°. Ea libertate non gaudere magistratus, quia Privilegium est constitutio principis. Vide tamen exemplum apud Suet. *Galb. c. 9.*

Porro privilegia sunt vel *personæ*, vel *caussæ*. Illa sunt, quæ personæ dantur, et hinc etiam cum persona exspirant, e. g. privilegium fori: hæc, quæ ipsi caussæ, et hinc etiam heredibus prosunt, e. g. privilegium feudis datum, ut caussæ feudales non nisi coram paribus curiæ tractentur.

§. LXIII.

Inde ergo fluunt quædam *axiomata de privilegiis* observanda, quorum 1°. primum est: privilegia solus imperans concedit; ergo non magistratus, quippe legibus ipse obstrictus. Ratio est in §. 60, quia privilegia ostendimus esse leges, legislatoria autem potestas penes solum summum imperantem est. 2°. Secundum: Privilegia concedendi jus non est penes magistratum. Hoc ex priore fluit. 3°. Tertium: Imperantis est, statuere, quem modum esse velit beneficii sui *l. 191, ff. de R. J.* Hoc axioma observandum contra eos, qui, abusi *l. 3, ff. de Const. Princ.* putant, interpretationem extensivam locum habere in privilegiis quum tamen illa *l. 3*, proprie de juribus singularibus loquatur, de quibus §. 60 diximus.

§. LXIV.

§. LXIV, LXV et LXVI.

Quinta juris scripti species sunt *Magistratuum edicta.* Nimirum observandum, 1°. magistratus Romæ non fuisse meros judices, sed et jus illis fuisse edicta proponendi, quibus indicabant, quo ordine, quoque modo velint jus in magistratu suo dicere. Talia edicta sub anni sui auspicium proponebant *in urbe prætores* de jure dicendo, *ædiles* de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus, e g. de rebus promercalibus et venalibus, de viis publicis, etc., in *provinciis* autem *proconsules* et *proprætores*, quibus eadem erat in provincia sua potestas, quæ omnium magistratuum in urbe. *L. 7, §. 2, ff. de Offic. Procons.* 2°. Magistratus, quamvis non fuerint legislatores, tamen sensim jus vetus mutasse adjuvando, supplendo, corrigendo, *l. 7, §. 1, ff. de J. et J.* Id vero fiebat (*a*) nova vocabula inveniendo, e. g. bonorum possessionem, pro hereditate; (*b*) novas actiones introducendo, e. g. constitutæ pecuniæ; (*c*) exceptiones dando, ubi lex negabat actionem, e. g. exceptionem pacti; (*d*) restituendo in integrum minores, absentes, deceptos; (*e*) fictiones introducendo. 3°. Hæc edicta paullatim usu fori obtinuisse auctoritatem; quam in rem elegans Cic. locus ex *lib. II, de Invent. c. 22*, evolvendus. 4°. Initio singulis annis nova proposita edicta, quin uno anno sæpe edicta mutata fuisse; postea lege Cornelia A. U. C. 586 cautum esse; ut prætores ex suis perpetuis edictis jus dicerent. *Dio l. 36, c. 12*, Dodwel *Prælect. Camd. in append.* Demum sub Hadriano condita sunt edicta perpetua, Prætorium a Salvio Juliano Jurisconsulto. Quis provinciale et ædilitium compilaverit, incertum. Ceterum hæc sunt illa edicta, quæ tam sæpe citantur in Pandectis.

Vide notam ad §. XXVIII.

§. LXVII et LXVIII.

Sexta et ultima species juris scripti sunt *Responsa Prudentum*, quæ definiuntur, quod sint sententiæ eorum, quibus permissum erat de jure respondere, §. *8, Inst. h. t.* Nimirum Jurisconsulti olim promiscue poterant de jure

respondere: postea imperatores non nisi certis personis per modum privilegii dabant, et ita quidem, ut ab eorum responsis judices discedere non possent, *d.* §. *8*, *et l. 2*, §. *47*, *de O. J.* Hic ergo Jurisconsulti 1°. interpretabantur jus, et per ratiocinationem multas conclusiones ex legibus eruebant, quæ in legum verbis non erant expressæ. Exemplum habemus in §. *unic. Inst. de legit. patr. tut.* 2°. Iidem in casibus controversis sæpe inter se disputabant, tum in foro, tum, ut Scholiastes Juvenal. *ad sat. 1*, *v. 128* refert, in templo Apollinis. Exemplum est in *l. 19*, *ff. de lib. et post.* 3°. Iidem sæpe consulti judicibus sententiam aperiebant, ut paullo ante §. *8*, *Inst. h. t.* monuimus. 4°. Iidem et formulas actionum præscribebant litigantibus. Cic. *pro Murœn. c. 11 et 12*; unde natæ actiones legis et actus legitimi, de quibus §. 69 et 70. Omnia ergo hæc interpretamenta Jurisconsultorum sensim usu fori recepta et vim juris consecuta sunt, imo et juri scripto accenseri cœperunt, postquam Justinianus ea Pandectis inserta publicavit. Vid. supra §. 45 *.

Apud nos nunquàm Jurisconsultis hoc privilegium concessum est, ut jura condere possint; sed quidam ex solâ suâ doctrinâ vim legis obtinuere. Talis fuit Molinæus, cujus doctissimæ lucubrationes apud nos pro ratis decisionibus habentur; et P. Pithæus cui debentur libertatum Gallicanarum regulæ, quæ in hâc parte pro lege scriptâ servabantur, antequàm in concordatum migrarent.

§. LXIX.

Diximus, multa invecta esse a Jurisconsultis, eaque vocari *Jus civile*, *l. 2*, §. *6*, *ff. de O. J.* In his etiam sunt *Actiones legis* et *Actus legitimi*: quorum cum sæpe mentio fiat in jure nostro, de iis dicemus paullo adcuratius.

Legis actiones bifariam accipiuntur, vel 1°. pro actionibus earumque formulis, e. g. actione rei vindicatoria, hereditatis petitione, etc., vel 2°. pro actibus voluntariæ jurisdictionis coram magistratu solemniter expediendis. Nimirum jurisdictio est vel voluntaria vel contentiosa. Voluntaria, quæ explicatur sine contradictione adversarii, e. g. manumissio, adoptio, ubi nullus est actor

vel reus: contentiosa, quæ exigit caussæ cognitionem, actorem et reum; ut, si quis agit ex contractu, vel delicto. Illi actus voluntariæ jurisdictionis expediri poterant coram quocumque judice, modo apud eum esset legis actio: hi non nisi coram judice competente. Quia utique jurisdictionis voluntariæ actus solemniter erant explicandi, hinc vocabantur *actiones legis.*

§. LXX.

Actus legitimi sunt negotia sollemniter, sed non coram magistratu, explicanda, e. g. hereditatis aditio, mancipatio, etc. Horum sequentia sunt requisita: 1°. ut fiant sollemniter; 2°. ut non admittant procuratorem; 3°. ut pure, non in diem vel sub conditione fieri possint, *l. 71, ff. de Reg. Jur.* e. g. 1°. hereditas sollemniter adibatur recitatis verbis aditionis; 2°. adibatur ab ipso herede, non per procuratorem; adibatur 3°. pure, non sub conditione, si solvendo sit, etc.

§. LXXI.

Sequitur jus non scriptum, vel *Consuetudo.* Definitio ejus habetur in ipso §. Ad quam intelligendam observandum, juris unicam in rep. caussam esse, nempe voluntatem summi imperantis, sive is princeps sit, sive optimatum consilium, sive populus. Si itaque hic imperans expresse aliquid pro lege statuit, id vocatur jus scriptum: sin tacite concedit, ut aliquid in rep. pro consuetudine observetur, id vocatur *jus non scriptum.* Ex quo sequitur, definitionem in *l. 32, ff. de legib.* veram quidem esse in statu *democratico* vel *popalari*, non in *monarchico* ubi consuetudo auctoritatem a sola tacita legislatoris voluntate sortitur.

Confer notam ad §. XLIII.

§. LXXII.

Hinc facile jam intelligimus quatuor doctrinas de consuetudine, quæ hoc §. occurrunt. Nam 1°. consuetudo est probanda: lex non est probanda. Hæc enim jam omnibus

per promulgationem innotuit : illa tacite inolevit ; quod, cum facti sit, probandum est (α) ex diuturnitate temporis, (β) ex actuum uniformium frequentia. 2°. Consuetudinis eadem vis est ac legis, est enim ab eodem legislatore, et perinde est, sive tacite quid velit, sive expresse. 3°. Consuetudo legem anteriorem abrogat : quia enim est instar legis, et lex posterior antiquat priorem, hinc et consuetudo legem priorem abrogat vel eidem derogat. *L. ult. ff. de Const. Princ.* 4°. Consuetudo rectæ rationi repugnans nullius momenti est : quia princeps hoc nec tacite vult nec expresse. E. g. inter opifices in Germania hujusmodi consuetudines inoleverunt, ut tirones, exactis tirocinii annis, baptizentur. Principes id ferre nolunt. Quæst. An consuetudinis hujus aliqua sit auctoritas? Resp. Nulla, (a) quia rectæ rationi et bonis moribus adversatur, (b) quia princeps legem abrogare potest, multo magis abrogare poterit consuetudinem absurdam, impiam et rationi adversam.

§. LXXIII.

Quæritur adhuc, cum apud Romanos tot fuerint juris scripti species, veluti Leges, Senatusconsulta, Plebiscita, Constitutiones principum, an et hodie tot species obtineant? Negamus. Nam 1°. Juris scripti species natæ sunt ex frequenti reipublicæ mutatione. 2°. Apud nos nec plebs fert leges, nec Senatus per modum Senatusconsulti aliquid statuit, nec Jurisconsultorum interpretationes auctoritatem legalem habent. Quid ergo apud nos lex? Est præceptum commune, etc. Dicitur 1°. *præceptum*, quia lex obligat. Ergo lex permissiva proprie non est lex, quia non obligat. 2°. *Commune*, ut distinguatur a *privilegio*, quod non ad omnes spectat, sed ad solos privilegiatos ; nec non a *jussu* vel *mandato* summi imperantis, quod solum mandatarium stringit. 3°. *Summi imperantis ;* cujus solius est, leges ferre, sive is sit imperans monarcha, sive optimates, sive populus. 4°. *Obligans omnes subditos, l. 7, ff. de leg.* 5°. *Ut ad ejus normam actiones suas componant ;* quod intelligendum de actionibus humanis, quæ ex intellectu et voluntate proficiscuntur, non de naturalibus, quibus nullæ feruntur leges.

§. LXXIV.

Reliqua est quæstio : Quot sint *juris objecta?* Resp. Tria, *personæ*, *res* et *actiones*. Primo enim sciendum, quomodo personæ ratione jurium differant, veluti domini, servi, patres, liberi, tutores, pupilli. Deinde, qualia sint jura rerum, ac postremo, quibus actionibus quisque jus suum persequi possit.

Rectiùs Codex Napoleo distinguit, 1°. res, 2°. personas, 3°. et modos quibus res personis acquiruntur.

TITULUS III.

De Jure personarum.

§. LXXV.

Homo et *persona* grammatice sunt synonyma, at juridice differunt. Omnis quidem persona homo est, sed non omnis homo est persona. *Homo* est, quicumque habet mentem ratione præditam in corpore humano : ast *persona* est homo cum statu suo consideratus. Qui itaque statum non habet, is nec est persona. Sequuntur ea in re Jurisconsulti comicos. Quemadmodum enim his non omnis homo, in comœdia qui operam præstat, dicitur persona, sed is, qui repræsentat alium hominem, e. g. regem, servum, senem, etc. ita et Jurisconsultis is demum est persona, qui repræsentat vel patrem familias, vel civem, vel liberum hominem, i. e. ut paucis dicamus, is, qui statum habet.

§. LXXVI.

Quæritur itaque : quid sit *Status?* Resp. Esse qualitatem, cujus ratione homines diverso jure utuntur, e. g. quia alio jure utitur liber homo, alio servus, alio civis,

alio peregrinus, hinc libertas et civitas dicuntur status. Vocatur alias status in jure nostro etiam *caput*, et hinc dicitur servus *nullum caput habere*, *§. 4, Inst. de cap. demin.* et qui statum civitatis vel libertatis vel familiæ amittit, is dicitur *capite minui*, *pr. Inst. de cap. demin.*

Status Jurisconsultis duplex est, *naturalis et civilis*. *Naturalis* est, qui ab ipsa natura proficiscitur, e. g. quod alii sint masculi, alii feminæ, alii nati, alii nascituri vel ventres. *Civilis* est, qui ex jure civili descendit, uti differentia inter liberos et servos, cives et peregrinos, patres et filios familias. Hinc *status civilis* triplex est : *libertatis*, secundum quem alii sunt liberi, alii sunt servi; *civitatis*, secundum quem alii cives, alii peregrini; et denique *familiæ*, secundum quem alii patresfamilias, alii filiifamilias. Jam ergo facile intelligitur axioma : quicumque nullo horum trium statuum gaudet, is non est persona secundum jus Romanum, sed res, quamvis homo sit.

§. LXXVII.

Exemplum habemus in servo. Is homo est, sed non persona. Homo est, quia habet animam rationalem in corpore humano. Est persona, quoad statum naturalem, quia et ipse vel masculus vel femina est; sed non est persona, quoad statum civilem, nam nec liber est, nec civis, nec pater filiusve familias. Hinc in jure nostro dicitur *caput nullum habere*, *§. 4. Inst. de cap. dem.* dicitur *pro nullo et mortuo habendus*, *l. 32 et 209, ff. de reg. jur.* quia non est persona. Et hinc servus poterat a domino occidi; in servum non cadebat injuria; servus poterat vendi, donari, legari; servus nec uxorem ducebat, nec contrahebat, nec testamentum condebat, nec quidquam proprii habebat : quia non erat persona.

§. LXXVIII.

Jam itaque ad primam personarum divisionem progredimur. Personæ (non civiliter, sed naturaliter acceptæ) vel sunt homines liberi vel servi. *Liberi* sunt, qui non

sunt in justa servitute. Nam si quis injuste servit, e. g. a prædone captus, is quidem in servitute est, sed non est servus, verum liber homo. *Servi* sunt, qui alteri ex justa caussa serviunt. Dico, ex justa caussa, quas caussas recensebimus §. 81. Liberi homines denuo sunt vel *ingenui* vel *libertini*. *Ingenui* sunt, qui numquam in justa servitute, sed statim a nativitate liberi fuerunt, *pr. Inst. de Ingen.* : *Libertini*, qui ex justa servitute manumissi, *pr. Inst. de libertin.* Utrique sunt liberi homines, sed nobilior et præstantior est nobilitas ingenuorum quam libertinorum.

§. LXXIX.

Quum itaque liberi a libertate, servi a servitute dicantur, hinc porro sciendum, quid libertas et servitus? *Libertas* dicitur naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibeatur, *§. 1, Inst. h. t.* Hanc definitionem explicabimus. Dicitur 1°. libertas *facultas naturalis*, quia natura omnes homines sunt liberi, *l. 4, ff. de J. et J. l. 32, ff. de Reg. J.* Differentiam ergo inter liberos et servos non natura, sed leges civiles introduxere. 2°. *Quod cuique facere* libet. In eo enim consistit libertas, quod actiones nostras nullius arbitrio vel suscipere vel omittere tenemur, sed pro lubitu nostro agere et non agere, hoc vel alio modo agere possimus. 3°. *Nisi quid vi aut jure prohibeatur.* Objicere enim quis posset, nec hominem liberum ea gaudere facultate faciendi, quod libeat. Sed respondetur : tunc eum non statu servitutis prohiberi, sed aut vi, veluti, si quis a latronibus vinctus, aut jure, veluti, si leges aliquid fieri non patiuntur. *Servitus* contra est constitutio juris gentium, qua homo dominio alieno contra naturam subjicitur, *§. 2, Inst. h. t.* Hæc etiam definitio ut explicetur, dicitur servitus 1°. *constitutio juris gentium*, quia natura, ut diximus, omnes liberi, et gentes demum servitutem introduxerunt, *l. 4, ff. de J. et J.* 2°. *Qua homo dominio alieno subjicitur.* In eo enim consistit servitus, ut homo sit in dominio tamquam res, et hinc vendi, legari, donari, occidi possit. 3°. *Contra*

naturam. Nam, uti diximus, natura omnes homines liberos procreavit; quod observandum contra Aristotelem, qui aliquos homines natura servos esse statuit, nempe stupidos, inertes, et alios, qui se gubernare nequeant. Sed id falsum, quia natura omnes homines sunt liberi. Nec sequitur, eum, qui stupidior me est, mihi servire teneri.

§. LXXX.

Hactenus servitutem libertatemque definivimus. Jam quæritur, cur servitus dicatur contra naturam esse? Resp. Non id intelligendum esse de jure naturæ, quasi servitus juri naturæ rectæque rationi repugnet. Id enim falsum esse inde patet, 1°. quod non repugnat societati humanæ, eaque et cum servitute certarum personarum potest consistere; 2°. quod si rationi et juri naturæ repugnaret, eam probare non posset Scriptura sacra, quippe quæ rationi non repugnat. Ast S. S. adprobat servitutem, *1. Cor. VII, 20, seqq.* Sed ideo servitus dicitur contra naturam esse, quia ex personis fiunt res. Servus enim, ut diximus, e classe personarum redigitur in classem rerum, et non multo melioris fit conditionis, quam bos aut aliud jumentum, *l. 2, l. 27, §. 3, ff. ad l. Aquil. et l. 38, §. 1, 2, ff. de edict.* Conf. *Em. Merill. l. 11, obs. c. 35.*

§. LXXXI.

Hactenus vidimus, quid sit libertas et servitus, jam porro quæritur: Quomodo quis servus fiat? Resp. Servi aut nascuntur aut fiunt. *Nascuntur* ex ancillis nostris. Si itaque serva vel ancilla ex quocumque pariat filium filiamve, et hi sunt servilis conditionis. Quia enim servi sunt res, uti diximus §. 77, sequitur, ut et partus serviles ejusdem sint conditionis. Nam quemadmodum fœtus vaccæ, quæ est in dominio, et ipse in dominio est, ita et fœtus ancillæ, quæ servit, et ipse servire dicitur. Hujusmodi servus natus nobis dicitur *Verna.* Et eo jure jam usi sunt veteres tempore Abrahami, ut patet ex *Gen. XIV, 14,* ubi Abrahamus armavit vernas suos.

Quum autem sæpe contingere possit ut verna nascatur ex Titii servo et Mævii ancilla, quæritur, Titii ne an Mævii sit verna? et Resp. Mævii. Regula enim hæc generalis est in jure nostro: *partus sequitur ventrem*, §. 19, *Inst. de rer. divis.* Quemadmodum ergo vitulus ex Titii bove et Mævii vacca procreatus, est Mævii; ita et verna ex Titii servo et Mævii ancilla natus. Aliud dicendum, si quæstio est de conditione filii. Nam tunc in matrimonio justo filius sequitur conditionem patris, extra matrimonium conditionem matris. E. g. Si pater est nobilis, mater plebeia, et justum inter eas personas est matrimonium, liberi sunt nobiles. Sin nobilis rem habuit cum plebeia extra matrimonium, liberi spurii sunt plebeii. Inter principes id singulare est, quod ex principe marito et uxore plebeia vel nobili non nascatur princeps, nisi mater ad dignitatem principalem evecta sit ab imperatore. Cujus rei nuper exemplum vidimus in duce Wurtembergico-Mompelgardensi, qui ex nobili justa uxore sustulerat filium, quem vocabat non ducem Wurtembergicum, sed comitem de Sponek. Mortuo patre hic non succedere poterat in principatu, sed tota provincia devolvebatur ad agnatum proximum, ducem Wurtemberg. regentem.

§. LXXXII.

Ita servi nascuntur. *Iidem fiunt* aliquando, quamvis liberi sint nati; id quod fit vel jure gentium vel jure civili. *Jure Gentium* per captivitatem; omnes enim ab hoste capti servi fiebant, cujuscumque essent conditionis. Exemplum habemus Attilii Reguli, Cons. Romani, qui bello Punico I, captus a Carthaginensibus in tristissimam redigebatur servitutem, et demum misere cruciatus peribat. Flor. *Hist. Rom. l. II, c. II*, §. 23. Nimirum ita ratiocinabantur veteres: Hostes possumus occidere, possumus ergo redigere in servitutem, imo id pro beneficio erit, quum eo ipso servemus, quos potuissemus interficere; unde et *servos* vocabant quasi *servatos*, *mancipia* quasi *manucapta*, §. 3, *Inst. h. t.* Hodie bello capti non fiunt servi, sed tantum custodiuntur,

donec redimantur vel permutentur. Soli Russi ex populis Christianis captivos etiamnum in servitutem redigebant, quo tamen jure non amplius indistincte utuntur. Romani autem neminem captivum redimebant, quamvis tristissimæ servituti mancipatum, ut esset insitum militibus Romanis, *aut vincere aut mori*. Cic. *de off. lib. III, cap. ult.*

§. LXXXIII.

Fiunt etiam servi *Jure Civili*, in pœnam, et quidem duobus potissimum casibus. 1°. Si major XX annis pretii participandi caussa se venum dari passus fuerat. Nimirum jure Romano liber homo vendi non poterat. Si venditus esset, statim proclamabat ad libertatem. Quum vero aliquando adolescentes pecuniæ cupidi se venum dari paterentur, tantum ut pecunia emungerent emtores, et participes fierent pretii pro se soluti: Senatus-Consulto cautum est, ut hi adolescentes, si XX annis majores essent, servi manerent. Exemplum hujusmodi fraudis est apud Plaut. *in Pers. act. II, scen. III, v. 55, act. III, sc. I, et act. IV, sc. III, v. 9.* 2°. Si libertus ingratus revocaretur in servitutem. Ast ingratitudo duplex est, alia *simplex*, alia *prægnans*. *Simplex* dicitur, si quis ei, qui sibi beneficia præstitit, officia non præstat: *prægnans*, si quis benefactori præterea ægre facit, et quovis modo eum vexat. Liberti itaque revocabantur in servitutem, non ob quamcunque ingratitudinem simplicem, sed ob prægnantem. *L. un. Cod. de ingrat. lib.*

§. LXXXIV et LXXXV.

Hæc de modis, quibus servi fiebant. Jam quæritur, an inter servos quædam fuerit differentia? Resp. Distinguendum esse inter statum et officia. *Ratione status* nullum erat inter servos discrimen: omnes enim erant res, non personæ; omnes destituebantur juribus communibus libertatis, civitatis, testamenti factionis; omnes vendi, alienari, imo et occidi poterant, jure antiquo. Ast *ratione officii* omnino magna erat inter servos differentia.

Alii erant scribæ, anagnostæ, procuratores, institores: alii mediastini, qui in mediis ædibus stabant, *ad cujusvis nutum parati*: alii vincti catenis serviebant. Deinde paullo melior erat conditio *statu liberorum*; ita enim dicebantur, qui vel sub conditione vel in certum diem libertatem erant consecuti. Quamdiu itaque conditio vel dies non exstitisset, manebant quidem in statu servili, sed tamen paullo benignius habebantur, quia sperabant libertatem.

§. LXXXVI.

Hactenus Jus Romanum de servis explicavimus: jam quæstio est de usu hodierno. Ubi quæritur: 1°. An et hodienum servi sint? Negant id multi, quia homines proprii, quales sunt in Westphalia, imo et in vicina Geldria non sint similes servis Romanorum. Sed sic etiam negari posset, nos habere uxores et liberos, quia uxorum nostrarum et liberorum non eadem sunt jura ac Romanorum. Omnino ergo etiamnum supersunt servi in Germania, in primis apud Westphalos, in Geldria et aliis locis: sed non sunt ejusdem juris ac servi Romanorum. Hinc si quis quærat: 2°. Quo jure utantur hodie domini in servos vel homines proprios? Resp. (*a*) Servi non sunt res, uti apud Romanos, sed personæ. Hinc non possunt occidi, nec vendi, donari, legari, nisi cum prædio. Hinc etiam uxores ducunt, modo domino solvant certam pecuniam, quæ dicitur *maritagium*. Hinc testamenta faciunt, hinc contrahunt. Et hactenus nulla inter servos et liberos homines est differentia. Ast in eo differunt servi a liberis hominibus, quod (*b*) illi sint glebæ adscripti, i. e. ad fundum vel prædium pertineant: unde vocantur *Leibeigene*, *Eigenebehörige*, *Hofbehorige*. Hinc cum fundo alienantur, venduntur, legantur, et si fugam capessant, possunt ubique terrarum vindicari et ex fuga retrahi. (*c*) Quod dominis debeant operas. Hinc agros colere tenentur domini, hinc frumenta colligere, hinc operas manuarias præstare debent, et agere, quidquid injungit dominus. (*d*) Quod domino debeant hereditatis partem, nempe opti-

Boedemuth Stechzettel loosen.

der Hauptfall.

mum caput, das Hooft-deel, e. g. optimum equum, optimum bovem. etc. nec non *dat Hud-Deel.* optimam vestem, e. g. optimam stragulam. (*e*) Quod censum præstent annuum, e. g. certum numerum ovorum, gallinarum, caseorum, imo aliquot denarios: imo alicubi, ut in Holsatia, non plus retinent rustici, quam victum, amictum et sementem, reliqua dominus sibi vindicat, quorum sæpe maximæ divitiæ in multitudine hominum propriorum vel servorum consistunt.

der Gewand-fall.

Zehend, Schutzgeld.

§. LXXXVII.

Quæritur porro, an iisdem modis servi hodie fiant ac olim? Resp. Servi hodie quoque vel nascuntur, vel fiunt. *Nascuntur* iis locis, ubi hæc servitus recepta, ex ancillis nostris, æque ac apud Romanos. *Fiunt*, non jure gentium, per captivitatem, quia, ut dixi, capti hostes apud nos non rediguntur in servitutem; sed *jure civili* variis modis, quos jus Romanum ignorat. Nimirum 1°. per nuptias, ut si quis liber homo ducit uxorem ancillam alienam, tunc et ipse servus fit: 2°. per venditionem vel addictionem voluntariam, si quis pro pretio certo se ultro domino addicit: 3°. per habitationem, si quis iis locis constituit domicilium, ubi valet adagium: *aër facit servos.* Hinc Elector Palatinus eo jure utitur, ut advenas et peregrinos, qui sine certo domicilio per provincias suas et vicinias oberrant, possit in servitutem redigere. Id jus vocatur jus *Wildfangiatus.* Sed cum bellum ex eo nasceretur, sæculo superiore id per tractatus pacis Heilbrunnensis admodum restrictum est.

Trist du meine Hene, wirst du mein Hahn.

Die Luft macht eigen.

Quum hactenus de servis actum sit, jam sequuntur liberi. Hi cum vel ingenui sint vel libertini (vide supra §. 78) jam de ingenuis agendum tit. 4, et de libertinis tit. 5.

Observatio.

Servitus ignota Gallis; nec in nostrâ terrâ viget hæc consti-

tutio juris antiqui gentium quâ homo dominio alieno contra naturam subjiciebatur. Facit *Cod. Nap. art. 1780.* Quin etiam, inveteratâ consuetudine apud nos obtinuerat, ut servi extranei fierent liberi, statim atque Galliæ, utpotè libertatis solum, attigissent.

TITULUS IV.

De Ingenuis.

§. LXXXVIII.

Quæstio in hoc titulo potissimum duplex tractatur, 1°. quid sit ingenuitas, §. 88, 89. 2°. Quid sint ingenui? §. 90, 91, 92. Quod ad *priorem* quæstionem attinet, videbimus (*a*) de etymologia, §. 88; (*b*) de ipsa definitione, §. 89. Etymologia hæc est : *Ingenui* dicuntur a *gignendo*, adeoque ingenui ideo hoc vocabulo appellantur, quia ipsis est ingenita libertas, vel, quod perinde est, quia statim a momento, quo geniti native sunt, liberi fuerunt. Eo enim ipso a libertinis differunt, qui et ipsi quidem liberi sunt, sed non a nativitate, verum a tempore manumissionis.

§. LXXXIX.

Hinc facile intelligitur definitio. *Ingenuus* est, qui statim, ut natus est, liber est. Nam ut aliquis sit ingenuus, tria requiruntur : 1°. ut liber sit; servus enim non est ingenuus : 2°. ut liber sit a nativitate; hinc si quis ab ancilla natus ipso momento partûs fuisset manumissus, tamen non fuisset ingenuus, sed libertinus : 3°. ut numquam in justa servitute fuerit. Nam si vel momento in hoc statu fuisset, non fuisset ingenuus, sed libertinus, si vel maxime recuperasset libertatem.

§. XC.

Jam sequitur altera pars tituli, quinam sint ingenui? ubi primo præmittimus axioma vel regulam universalem, ex qua judicari possit ingenuitas, §. 90. Deinde ex hac regula varias derivamus conclusiones, §. 91, 92. Regula vel axioma ita se habet : *Ingenuus est natus a matre, quæ vel tempore conceptionis, vel partûs, vel intermedio saltim per momentum libera fuit.* Quia enim conditio miserrima erat servilis, hinc semper jura magis favent libertati quam servituti; et hinc, si vel uno momento a tempore conceptionis ad tempus editi partûs libera fuerat mater, infantem non servum, sed ingenuum esse judicabant.

§. XCI.

Jam videbimus conclusiones inde fluentes. Ex hoc ergo axiomate sequitur : 1°. ut ingenuus sit, qui natus est ex parentibus libertinis, quia numquam fuit in servitute. Sic e. g. Horatius, poeta, de se ipso scribit, se esse libertino patre natum, et tamen fuit ingenuus, quia non ipse sed parentes ejus serviverant. 2°. Ut non officiat ingenuitati manumissio. Hinc si quis liber homo, injuste detrusus in servitutem, postea libertatem recuperasset, non erat libertinus, sed ingenuus, quia in servitute quidem fuerat, sed non servus. 3°. Ut et liberi a patre venundati et obærati post manumissionem ingenui essent. Debitores enim, qui non erant solvendo, creditoribus suis addicebantur, ut iis servirent. Sed quia tamen non erant servi, sed operas tantum præstabant, quemadmodum famuli nostri mercenarii, hinc adepti libertatem non fiebant libertini sed ingenui. 4°. Ut natus ex libera et servo sit ingenuus. Quia enim inter liberum et servum non erat justum matrimonium, hinc partus sequi debebat ventrem, uti jam diximus supra ad §. 81. 5°. Ut ingenuus quoque sit spurius ex ingenua matre natus, quamvis pater incertus sit, ob eamdem rationem, quia extra matrimonium partus ventrem sequitur.

§. XCII.

Addimus conclusiones duas, nimirum, 1°. quod et is, qui altero deferente juravit, se ingenuum esse, et 2°. quem judex ingenuum esse sententia lata pronunciavit, omnino habeatur ingenuus. Ratio est, quia jusjurandum et res judicata pro veritate habentur, quamvis postea aliud appareat. E. g. Si Titius mihi debet 100, et ego illi neganti defero jusjurandum, et is illud præstat, nihil debet, etsi vel maxime postea reperio chirographum, ex quo liquet, eum falso jurasse. Perjurii quidem reus est, et tamquam perjurus punitur, sed non adigitur ad solvendum. Ita etiam, si quis mihi debeat 100, et ego instituam actionem, sed probare tamen debitum nequeam, adeoque judex eum absolvat, nihil postea exigere possum, si vel maxime reperiam chirographum. Unde practici formant regulam : *res judicata facit ex albo nigrum, ex nigro album, ex curvo rectum, ex recto curvum.* Hinc et, si quis ingenuum se esse juravit, altero deferente jusjurandum, vel si judex sententiam tulit, aliquem esse ingenuum, manet ingenuus, licet postea appareat, eum falso jurasse, vel judicem male judicasse.

Doctrina de ingenuis, supervacua est in foris nostris ubi servitus ignoratur. Ex hoc tamen titulo, utilem possumus colligere regulam, nempè, partum pro nato haberi quoties de ipsius partûs commodo agitur. De cujus regulæ applicatione, vide *Cod. Nap. art. 725, 1°. et 906.*

De jurisjurandi et rei judicatæ auctoritate, vide *dict. Cod. art. 1350, 3°., et 1363.*

TITULUS V.

De Libertinis.

§. XCIII.

Diximus supra, homines liberos, qui servis opponuntur, vel ingenuos esse vel libertinos. Quum itaque de ingenuis actum sit, jam quoque dicendum de libertinis. De his quaeritur : 1°. quid sint? §. 93. 2°. Quibus modis fuerint manumissi? §. 94-104. 3°. Quotuplices fuerint libertini? §. 105-110. 4°. Quo jure in libertinos patroni usi sint? §. 111, 112. 5°. An hujus tituli hodie aliquis usus sit? §. 113.

I. Ergo quaeritur, quid sint libertini? Resp. Qui ex justa servitute manumissi sunt. *Princ. Inst. h. t.* Dicimus autem ex justa servitute. Nam paullo ante (§. 91) jam monuimus, eum, qui ex injusta servitute manumissus fuerit, non libertinum esse, sed ingenuum. Hinc e. g. Tiro a Cicerone manumissus erat libertinus, quia fuerat in justa Ciceronis servitute : ast Joseph a Pharaone manumissus erat ingenuus, quia non fuerat in justa servitute, a fratribus injuria venditus.

Obiter notandum, in jure nostro non confundenda esse vocabula *libertus* et *libertinus*. *Libertus* enim quis dicebatur ratione patroni, a quo manumissus : *libertinus* ratione status, in quem per manumissionem pervenit. Hinc absolute dicere possum, *Tiro fuit libertinus* : si vero patronum addo, dicendum est, *Tiro fuit libertus Ciceronis*, non, libertinus Ciceronis.

§. XCIV.

II. Quaeritur deinde, quibus modis facta sit manumissio? ubi (*a*) definimus manumissionem, §. 94; (*b*) describimus modos sollemnes, §. 95; (*c*) modos minus

minus sollemnes, §. 96; (*d*) de singulis seorsim agimus, §. 97-104.

(*a*) *Manumissio* est de manu datio. Manus autem in jure significat potestatem. Hinc e. g. Romulus dicitur *omnia manu gubernasse*, i. e. potestate et arbitrio, *l. 2, §. 1, ff. de O. J.* hinc liberi dicuntur *esse in manu parentum*, i. e. in potestate, et si dimittuntur e potestate, dicuntur *emancipati*, quasi e manu dimissi. Posse autem servos manumitti, facile probatur. Servus est res (§. 77), ergo est in dominio. Quod in dominio est, id possum derelinquere et dominio meo renunciare. Ergò et dominio in servum renunciare possum. Si possum dominio renunciare, possum et manumittere. Ergò servum possum manumittere.

§. XCV.

Jam, quot modis facta sit manumissio, videndum. Eos dividimus in *sollemnes* et *minus sollemnes*. (*b*) Sollemnes olim erant tres: (α) *per censum*, si servi domino volente in tabulas censuales referrentur; (β) per *testamentum*, si dominus moribundus servo legaret libertatem; (γ) *per vindictam*, si servus manumitteretur coram prætore vel alio magistratu. Hi modi in usu erant tempore liberæ reipublicæ. Sub principibus adhuc aliquamdiu census agebatur Romæ et in provinciis, qualis etiam erat ille census tempore nati Christi actus sub Augusto, *Luc. VII, 1.* At postea non amplius actus est a temporibus Vespasiani. Itaque Constant. M. in locum manumissionis illius aliam instituit, quæ fiebat in sacrosanctis ecclesiis, *L. I. C. de his, qui in S. S. Eccl.* Ergo jure novo tres sunt modi sollemnes, (α) manumissio in SS. eccles., (β) per testamentum, (γ) per vindictam.

§. XCVI.

Sollemnes quasdam cerimonias requirebant. Si vero sine ritu et cerimoniis manumitterentur servi, et domini voluntatem suam sine sollemnitate declararent, manumissio dicebatur (*c*) *minus sollemnis*. Sic manumitti poterant (α) per epistolas; (β) inter amicos; (γ) per con-

vivium; (*c*) per nominationem filii. Immo quævis sufficiebat conjectura. Elegans est exemplum apud Suet. *de claris rhet. c. 1.* Quum enim nautæ servas venales adveherent, et puero bullam argenteam adpendissent, ut publicani eum haberent pro ingenuo, liber declaratus est puer, quod signum ingenuitatis dominis volentibus gessisset.

§. XCVII.

Jam (*d*) de singulis his modis seorsim agendum. Primus sollemnis erat *census*. Per censum vero intelligitur ritus Romanorum, quo singulis quinquenniis per censores describebantur omnes cives, eorum liberi, pecuniæ et facultates, et denique singulorum hominum ætas, sexus, dignitas, etc. Auctor hujus census erat Servius Tullius, rex Romanorum, qui ideo eum invenerat, ut semper scirent imperantes, quot milites possint conscribere, quantumque pecuniæ in urbe esset et sine detrimento colligi queat. Prolixe de hoc censu agit T. Liv. *lib. I*, et Flor. *lib. I, c. 6.* Quia itaque non nisi liberi homines et cives in tabulas censuales referendi erant, hinc servi statim erant liberi, si volente et jubente domino nomina professi essent apud censores, et hi ea inscripsissent tabulis censualibus.

§. XCVIII.

In hujus locum manumissionis successit manumissio in S. S. ecclesiis a Constant. M. invecta, *l. 1, C. De his, qui in S. S. Eccl.* Quum enim et gentiles olim aliquando manumitterent in templis deorum (Jac. Gothofr. *ad L. un. C. Theodos. de SS. Eccl.*), imitandum id censuit Constantinus, imperator Christianus, et inde nata est manumissio in S. S. ecclesiis. Ea ita peragebatur, ut 1°. dominus servum in ecclesiam induceret, et adstante clero liberum esse juberet. 2°. Ut eo de actu scriberetur instrumentum, eique subscriberet dominus. 3°. Ut aperirentur portæ ecclesiæ et servo permitteretur, ut ire posset, *quo vellet.* Et quum medio ævo portæ apertæ dicerentur portæ passæ, hinc factum, ut instrumentum vocaretur *un passe port.*

§. XCIX.

Sequitur manumissio *per Testamentum*; cujus ratio ex principio nostro fluit. Quum enim servus esset res, poterat et dominus de servo tamquam de re sua mortis caussa disponere, adeoque vel illum cuicumque legare, vel plane manumittere. Testamento autem quis manumittebat vel directe vel oblique. *Directe*, quoties id faceret verbis imperativis, e. g. *Stichus liber esto*: *Oblique*, quoties id faceret verbis precativis, e. g. *Rogo heredem, ut Stichum manumittat.* Porro directe quis manumittebat, *aut expresse*, ut verbis expressis libertatis datæ mentionem faceret, e. g. *Stichus liber esto* : aut *tacite*, cum voluntas testatoris ex signis colligeretur, quamvis libertatis in testamento haud meminisset, e. g. *Stichus, servus meus, tutor liberorum meorum esto.* Hic sane libertatis servo datæ dominus ne verbo quidem meminit, sed tamen, quia, qui vult Stichum tutorem esse, non potest non eumdem liberum esse velle, quum servus tutor esse nequeat : hinc manumissus creditur tacite, §. 2, *Inst. qui et ex quibus caussis manum.*, §. 1, *Inst. qui testamento tutores dari possunt.* Ceterum inter directe et oblique manumissum libertinum id intercedebat discrimen, quod ille patronum non haberet, et hinc diceretur *libertus orcinus*, quia ejus patronus in orco esset, §. 3, *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. relict.* contra oblique manumissus patronum habebat heredem, eique debebat jura patronatus : de quibus infra §. 112.

§. C.

Manumissio *per Vindictam* nomen obtinuit a virga lictoris, quæ vindicta dicebatur a Vindicio, servo Vitelliorum, qui, cum conjurationem juvenum quorundam de revocando Tarquinio rege prodidisset, præmii caussa a senatu manumissus est eo ritu, qui deinde semper obtinuit. *T. Liv. l. II, c. 5, et l. 2, §. 24, ff. de O. J.* Fiebat ea manumissio ita, 1°. ut servus adduceretur ad magistratum, apud quem erat legis actio, veluti consulem, prætorem, procons. 2°. Ut dominus eum in gyrum age-

ret, et 3°. inflicto colapho diceret: *Hunc hominem ego liberum esse volo.* 4°. Ut lictor virga, quæ vindicta dicitur, eum perculeret. His factis liber erat. Hinc Persius *sat. V, 75.*

Heu steriles veri, quibus una Quirites
Vertigo facit.

Sidonius *lib. II ad Anthimium, v. 545.*

.... Donabis quos libertate Quirites,
Quorum gaudentes exspectant verbera malæ.

Persius *ibid. v. 88.*

Vindicta postquam meus a prætore recessi.

Ceterum observandum est, hunc ritum postea translatum esse ad equites nobiles. Quamdiu enim in aula serviebant, dicebantur *servi nobiles, Edele Knechte*, et in Anglia etiamnum *Knights.* Posteaquam autem gladio percussi fuerant a principe, fiebant liberi et vocabantur *Riddere.* Imo hodienum Equites Melitenses et S. Johannis aliorumque ordinum creantur percussione gladii.

§. CI.

Per epistolam quæ fiebat manumissio, nullam olim requirebat sollemnitatem, sed dominus tantum scriptis litteris profitebatur, se servum suum dimisisse liberum. Sed postea Justinianus subscribi eam epistolam jussit a quinque testibus. *l. un.* §. *1, C. de latin. libert. toll.* Ratio procul dubio fuit, quod aliquando domini præfracte et perfide negarent, epistolam hujusmodi a se scriptam esse; vel, quod servi fugitivi sibi ipsis hujusmodi epistolas scribendas curarent: quibus fraudibus non melius obviam iri posse existimabat Justinianus, quam si 5 testes intéressent manumissioni, et epistolæ subscriberent.

§. CII.

Inter amicos et sine epistola servus poterat manumitti, *l. un.* §. *2, C. eod.* Id Justinianus introduxit exemplo

ultimarum voluntatum. Quemadmodum enim perinde est, sive testamentum testator scribi juberet, sive verbis illam coram 7 testibus nuncuparet vel proloqueretur; ita et perinde erat, sive quis servum manumitteret epistola a 5 testibus subscripta, sive sine epistola præsentibus testibus.

§. CIII.

Per convivium fiebat manumissio, quoties dominus servum convivio adhiberet et eidem mensæ secum accumbere juberet. Ratio est, quia et tacite manumissionem factam esse ex signis quibusdam colligebatur. (vid. supra §. 99.) Ast signum certissimum videbatur, dominum liberum esse velle, quem mensæ suæ adhibuisset. Probrosum enim et turpe habebatur, servum cum domino cœnare, et hinc non in lectis mensæ accumbebant cum domino servi, ut, si quid vellent domini, statim adessent. Hinc servus apud Plaut. *in Sticho, Act. III, Scen. 4, 21.*

> . . . . Potius in subselliis
> Cynice accipiemur quam in lectis.

Et parasitus *ibidem, v. 32.*

> Haud postulo equidem me in lecto accumbere,
> Scis, me imi subsellii esse virum.

Quod perinde est, ac si diceret: sufficit, si me cum servis tuis cœnare patiare. Quum itaque servi non possent cœnare cum dominis, præsumebatur, dominum servos manumisisse, quos secum convivio interesse jusserat.

§. CIV.

Eadem de caussa liber esse censebatur, quem dominus *filium* in judicio appellasset, §. *12, Inst. de adopt.* Sæpe olim Romani blanditiarum caussa alios adpellabant filios, uti et Germani faciunt, non quasi eo ipso adoptarent statim, sed ut eo cognomine amorem suum testarentur. Si itaque dominus servum suum ita adpellasset, non quidem filius illico fiebat, quia ad adoptionem plures

sollemnitates requirebantur, quam sola filii adpellatio: sed tamen Romani inde colligebant, domino servum hunc esse carissimum, et hinc eundem manumissum esse judicabant.

§. CV.

Hactenus de modis manumittendi. Jam quæritur (III.) de effectu manumissionis, et qualis fuerit libertinorum post manumissionem conditio? Hinc primo dicendum de jure antiquo, §. 105, deinde de jure novo, §. 106-109, tertio de jure novissimo, §. 110.

(a) Jure antiquo omnes servi manumissi vel libertini fiebant *Cives Romani*, et hinc participes erant omnium jurium, quibus cives Romani gaudebant, adeo ut et comitiis interesse possent. Unde Cicero, *pro Cornelio Balbo c. 24. Servos denique, quorum vis et fortunæ conditio infima est, bene de rep. meritos, persæpe libertate, i. e. civitate publica donatos esse videbamus. Beneficium* hoc servi debebant Servio Tullio, regi, qui et ipse libertinæ conditionis fuerat, et ad regnum adspiraverat. Hinc memor pristinæ fortunæ servos manumissos cives esse jusserat. *Dion. Halic. l. 4, p. 126.* Ita se res habebat temporibus antiquis usque ad Augustum, sub quo et successore ejus, Tiberio, primum libertinorum quorundam durior facta est conditio.

§. CVI.

Jure enim (b) novo non omnes libertini fiebant cives, sed quidam *dedititii*, quidam *latini* erant. De dedititiis lex lata fuerat *Ælia Sentia* A. U. C. 755, qua cautum fuerat, ut servi, qui ob delictum fuerant fustigati, torti, vel stigmate in fronte usti, vel alio infami supplicio adfecti, non fierent cives post manumissionem, sed dedititii. *Dedititii* autem dicebantur populi, qui bello a Romanis victi et sub jugum missi deditionem fecerant. Horum enim multo durior erat conditio quam civium Romanorum. *T. Liv. l. 1, cap. 37.*

Caussam, qua permotus Augustus libertinorum quorumdam statum deteriorem redderet, eleganter refert

Dionys. Halicarnass. l. 4, p. 228. Olim enim non nisi servi boni et frugi manumittebantur; postea domini cœperunt manumittere fures, latrones, veneficos, in præmium scelerum cum dominis admissorum. Et hinc civitas Romana contaminabatur hac pessima fæce hominum. Ne itaque hoc contingeret in posterum, Augustus lege Ælia Sentia sanxit, ut libertini, qui antea in servitute fuissent, ob crimen supplicio adfecti, fustigati, torti, stigmate usti, non fierent cives, sed dedititii.

§. CVII.

Latinos libertinos invenit Tiberius, sub quo lata lex Junia Norbana A. U. C. 771, qua cautum, ut omnes, qui non sollemniter fuerint manumissi (vid. §. 96.), non fierent cives, sed *latini, §. 3, Inst. h. t.* Latini autem erant populi, qui Latium incolebant, quique paullo melioris conditionis erant, quam aliæ gentes dedititiæ, sed tamen multo deterioris conditionis quam cives Romani. Si qui ergo manumissi fuerant non per testamentum, nec per censum, nec per vindictam, sed minus solemniter per epistolam, inter amicos, per convivium, etc. ii non quidem erant dedititii, nec tamen fiebant cives, sed vocabantur Latini, vel latini Juniani, a Cons. Junio, sub quo lex Junia Norbana lata fuerat.

§. CVIII et CIX.

Itaque ab iis temporibus triplices erant libertini: alii fiebant cives, alii latini, alii dedititii, §. 3, *Inst. h. t.* (α) *Cives* fiebant, quotquot erant manumissi per censum, vel in S. S. ecclesiis, vel per testamentum, vel per vindictam. (β) *Latini* fiebant, quotquot manumittebantur minus sollemniter, per epistolam, vel inter amicos, vel in convivio, vel filii nominatione; modo non essent ob delictum pœna infami adfecti. (γ) *Dedititii*, quotquot ante manumissionem fuerant fustigati, torti, stigmate usti.

Horum status admodum erat diversus. (α) Cives gaudebant juribus communibus, veluti *connubii* (nam poterant uxores ducere, et liberos ex iis natos habebant in potestate.), *contractuum* (nam poterant in ipsa urbe

prædia aliaque omnia emere, vendere); et *testamenti factionis* (nam poterant ipsi testari et ab aliis heredes institui, et in testamentis testes esse). (β) Latini quidem habebant jus contractuum, sed non testamenti factionis, nec connubii, nisi speciatim illud esset concessum. (γ) Dedititii nullum horum jurium habebant, nec ullam spem habebant impetrandi jus civitatis; unde hoc uno differebant a servis, quod dominum non haberent.

§. CX.

Superest (c) *jus novissimum*. Nimirum jure novissimo Justinianus (α) mores antiquos revocavit in usum, et voluit, ut omnes manumissi cives fierent, idque constituit *l. un. C. de lat. lib. toll.* et *l. un. C. de dedit. lib. toll.* (β) Libertinis omnibus jura ingenuitatis indulsit, et jussit, ut nulla amplius esset inter ingenuos et libertinos differentia. Denique et (γ) jus aureorum annulorum dedit libertinis, *Nov. 78, c. 1*, quo ornamento olim soli equites Romani gaudebant. Nam notum est, Hannibalem post prælium Cannense integros modios aureorum annulorum Carthaginem misisse, ut ostenderet, quanta equitum Romanorum multitudo in prælio isto perierit. *T. Liv. lib. 23, c. 2; Flor. lib. II, c. 6, §. 18; Valer. Max. l. 7, c. 2, n. 13, exempl. ext.* Soli itaque equites olim aureos gestabant annulos, eoque insigni eos donabant principes, quos admissos vellent in ordinem equestrem. *Suet. Cæs. c. 37 et 39; Vitell. c. 12; Tac. hist. l. 1, c. 13, §. 2, et lib. 2, c. 57, §. 5.* Nimis itaque liberalis fuit Justinianus, qui non solum discrimen illud libertinorum sustulit, sed ex libertinis fecit ingenuos et eisdem aureos annulos concessit, qui olim proprii fuerunt equitum Romanorum.

§. CXI.

Quum autem olim inter patronum et libertum officia quædam intercesserint, eaque nec Justinianus sustulerit, quæritur, (IV.) in quo constiterint jura illa patronatus? Nos (a) fundamentum eorum ostendemus, §. 111, (b) ipsa illa jura recensebimus, §. 112.

(a) Fundamentum omnium jurium patronatus est *ficta*

agnatio. Fingebant enim Romani, libertos patronis suis agnatos, et quasi filios esse, quia ipsis quasi vitam debeant. Durante enim servitute erant res: per manumissionem fiebant personæ, adeoque id beneficium debebant patronis, ut personæ essent. Patroni itaque libertis loco patrum et proximorum agnatorum erant. Hinc liberti patronorum prænomina et nomina, tamquam filii adsumebant, e. g. servus a Cicerone manumissus antea dicebatur Tiro, post manumissionem Marcus Tullius Tiro. Alia exempla occurrunt in *l. 94, ff. de Legat. 3, l. 88, §. 6, de Legat. 2, l. 108, ff. de cond. et demonstr.* ex quibus legibus patet, sæpe patronos legata libertis reliquisse, ea conditione et lege, ne de patroni nomine exirent.

§. CXII.

Ex hoc itaque fundamento omnia (*b*) fluunt jura patronatus. Quia enim libertus patrono instar filii erat, hinc (α) patrono debebat obsequium et reverentiam, adeo ut, quemadmodum filius patrem non poterat in jus vocare, nisi venia a prætore impetrata, ita nec libertus patronum. *l. 9, ff. de obseq. patr.* (β) Patrono debebat operas. Operæ autem sunt vel *officiales*, vel *fabriles*. *Officiales* consistunt in eo, ut libertus patronum honoris caussa comitetur, eique adsit officii caussa in conviviis aliisque sollemnitatibus. *Fabriles* consistebant in opificio, quod libertus exercebat, e. g. ut, si sartor esset, patrono vestes conficeret; si sutor, calceos; si faber, ædes ædificaret, etc. *Officiales* semper debet libertus, etsi eas non promiserit, *l. 9, §. 1, ff. de oper. lib.* *Fabriles* autem non nisi promissas jurejurando, *l. 6, ff. eod.* (γ) Ut patronus liberto ab intestato succederet tamquam proximus agnatus, nisi ipse liberos reliquisset, *pr. Inst. de success. libert.* (δ) Ut libertus patrono portionem hereditatis ex testamento relinquere teneretur, §. 3, *Inst. eod.*

§. CXIII.

Reliquum est; (V.) ut, an hæc omnia hodie usum habeant, expendamus. Hic sequentia observanda 1°. Quia passim supersunt servi, vel homines proprii, hinc et

nulla, sed rescinditur demum a judice, et hinc creditoribus competit actio singularis Paulliana, ad revocandum id, quod in fraudem suam est alienatum, §. *6, Inst. de action.* ast manumissio in fraudem creditorum facta non rescinditur, sed est ipso jure nulla. Quæritur itaque, cur non et hæc rescindatur potius per actionem Paullianam? Resp. id fieri, 1°. quia libertas semel data rescindi et auferri nequit. Hinc potius leges declarant, illam non esse datam. 2°. Quia actione Paulliana revocatur id, quod alienatum est a possessore: in manumissione autem nihil alienatur, nec est possessor, qui servitutem, ex qua liberatus est servus, possideat. Hinc non poterat aliter creditoribus subveniri, quam introducto hoc jure, ut, qui in fraudem creditorum manumitteret, is nihil ageret.

Regula quæ in hoc paragrapho traditur utiliter aptari potest his alienationibus quæ in fraudem creditorum fiunt. Nullum enim dubium est, quin et apud nos, quemadmodùm apud Romanos, tales alienationes irritæ sint. Cæterùm, hoc excepto, vix est aliquid quod ex hoc titulo ad jus nostrum conveniat.

§. CXVII.

Quæstio est, (II.) quid sit, in fraudem creditorum manumittere? Fraus alias dicitur quilibet dolus, quo alter alterum circumvenit. Sed non omnis dolus est malus, e. g. si medicus puero abhorrentia medicamenta præbens persuadet, esse melle dulciora. Verum iste demum dolus dicitur malus, vel fraus, si quis dolose alterum ita circumvenit, ut inde damnum sentiat, e. g. si quis sciens, alteri dolo malo det monetam æneam et tenui argento obductam pro argentea. Quia igitur hic de fraude vel dolo malo agitur, hinc duo concurrere debent: (*a*) Animus, consilium vel affectus defraudandi creditores, i. e. ut sciat debitor, servis manumissis se non fore solvendo, et tamen manumittat. (*b*) Ipse effectus ut manumissis servis creditoribus satisfieri nequeat. Si alterutrum requisitum deesset, non erat manumissio nulla. E. g. si quis Stichum servum bona fide dimittat, quia se putaret tam divitem, ut creditoribus satisfacere posset, nihil egit in fraudem creditorum, quia affectus vel consilium defrau-

dandi deest. Et si quis ex 30 servis tres manumisit, iisque manumissis tam locuples manet, ut creditoribus solvere possit, denuo nihil egisse censetur in fraudem creditorum: quia effectus non sequutus est, i. e. quia creditores damnum non senserunt.

§. CXVIII et CXIX.

(III.) Hinc facile patet, quænam exceptiones hujus regulæ fuerint? Resp. Binæ. Nam 1°. si quis se ditiorem putarit et servum bona fide manumiserit, ei ignoscendum est. Et huc pertinet elegans regula: *Sæpe de facultatibus suis amplius, quam in iis est, sperant homines*, §. *3*, *Inst. h. t.* Quod mercatoribus contingere potest, quorum negotiatio maritima ita comparata est, ut uno vento alii pauperes, alii fiant ditiores. 2°. Si quis unum servum manumisit testamento simulque heredem instituit, ei ignoscendum. Ratio hujus exceptionis hæc est. Ignominiosum videbatur Romanis, defuncti bona a creditoribus post mortem vendi ac distrahi. Vid. *Cic. orat. pro P. Quinct. c. 15.* Hinc licebat, servum instituere heredem, qui tunc necessario erat heres, et nihil tamen ex hereditate lucrabatur, tantum ut bona non sub nomine defuncti, sed sub nomine servi heredis instituti distraherentur, et ita parceretur famæ defuncti.

§. CXX.

Sequitur caput *posterius*, quo cautum fuisse diximus, ne minor XX. annis manumittere posset, nisi observatis quibusdam conditionibus. 1°. Caussa hujus legis est fraus servorum, qui, si herus adhuc esset adolescens, ei ad impuros mores aliasque voluptates adjumento erant, et deinde præmii loco sibi stipulabantur libertatem; qualia exempla sunt apud *Plautum* et *Terentium*. Quum autem ita ad paupertatem redigerentur domini, Augustus non passus est, juvenes XX. annis minores manumittere, nisi servatis certis conditionibus. Ast quænam 2°. illæ conditiones? Resp. (*a*) Ut manumissio fieret vindicta, quia sic fieri debebat coram magistratu (vid. §. 100.), et magistratus ita caussam cognoscere poterat, an manu-

missio concedenda sit : (*b*) ut fieret publice ad consilium, i. e. præsentibus prætoris vel proconsulis adsessoribus; quod alias non erat necessarium, quia et in transitu manumitti poterant servi, veluti cum prætor aut præses in balneum vel in theatrum iret, §. 2, *Inst. de Libertin.* (*c*) exposita caussa, i. e. adolescens caussam reddere debebat, cur hunc servum manumittere velit, et quare id beneficium meruerit. Si semel justam caussam probaverat, rata erat manumissio, etsi falsa postea deprehenderetur. Rationem reddidimus ad §. 116, quia semel data libertas auferri non poterat.

§. CXXI.

Quæritur porro, quia dominus adolescens non nisi ob justam caussam manumittere poterat, quænam fuerint illæ justæ caussæ? Resp. Justa videbatur manumissionis caussa : 1°. *propinquitas*, e. g. si quis manumitteret et patrem, matrem, filium, filiam, fratrem, sorores. Mira res! An etiam quis parentes, liberos, fratres poterat servos habere? Poterat id omnino contingere. Nam fingamus Stichum servum ex ancilla procreasse Syrum et Dromonem, Syrum autem itidem ex alia ancilla procreasse Davum, postea autem dominum, Syrum heredem instituisse, tunc Stichus, Syri pater, Davus, Syri filius, et Dromo, ejus frater, omnes erant servi Syri. Hos itaque et minor recte manumittebat pietatis caussa. 2°. Singulare beneficium a servo acceptum, e. g. si quis manumitteret pædagogum, nutricem, educatorem. 3°. Singularis affectio, e. g. si quis manumitteret alumnum, alumnam, collactaneum, i. e. qui eadem ubera traxerat. 4°. Singularis finis, e. g. ut servum habeat procuratorem, vel ut ancillam ducat uxorem. Nam nec procuratorem servus agere poterat : nec ingenuus ancillam uxorem habere; poterat autem ducere libertam, vid. infr. §. 162.

§. CXXII.

Reliquum est, ut de usu practico dispiciamus. Si itaque quæratur, an hæc omnia hodienum in foro observentur?

Respondemus, prius caput adhuc usum habere iis locis, ubi sunt homines proprii. Nam si quis rusticos ad prædium suum pertinentes alienaret in fraudem creditorum, nihil ageret omnino. Nec tamen recepta ullibi est exceptio illa de servo herede instituto, de qua diximus §. 119. Nam hodie venditionem bonorum defuncti non esse ignominiosam, vel inde patet, quod et virorum clarissimorum, qui nemini quidquam debent bibliothecæ et supellectilia publica auctionis lege distrahuntur. Posterius vero caput abrogavit Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* Ubi rationes satis absurdas hujus abrogationis reddit. Hinc hodie manumittere possunt adolescentes inter vivos quidem, dummodo sint XVIII. annorum, nec tenentur amplius rationes reddere, nec præcise per vindictam et ad consilium manumittere. Per testamentum autem manumittere possunt adolescentuli, simul ac puberes sunt, i. e. exacto anno ætatis XIV. *Nov. 119, c. 2.*

TITULUS VII.

De Lege Fusia Caninia tollenda.

§. CXXIII et CXXIV.

Diximus supra (§. 114.) Augustum manumittendi libertatem duabus legibus restrinxisse, Ælia Sentia et Fusia Caninia. De priore hactenus dictum est, ad tit. VI. sequitur jam altera. De ea quæritur, 1°. cur lata sit et quando? §. 123, 124; 2°. quid ea cautum fuerit? §. 125; 3°. an adhuc in usu sit? §. 126.

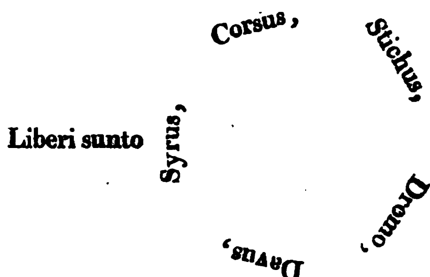
I. Quæstio est : cur et quando lata sit? Resp. Quia nimis liberales erant Romani moribundi in manumittendis servis. Nam 1°. morientes etiam avari solent esse liberales, partim quia iis divitiis non amplius opus est, partim quia plerumque eas invident heredibus. 2°. Apud Romanos specialis caussa erat, quam ita refert *Dionys. Ha-*

lic. l. 4, p. 228. Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant, et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi Orbis imperium, talibus contaminari civibus. Quum itaque ita fieret, ut urbs malis civibus contaminaretur, Augustus hanc manumittendi licentiam coercuit, *Suet. Aug. c. XL.* idque factum lege Fusia Caninia A. U. C. 751. lata Sex. Furio Camillo et Caio Caninio Coss. a quibus et nomen hæc lex accepit Fusiæ Caniniæ; veteres enim pro Furius dicebant Fusius, pro Papirius Papisius. *L. 2, §. 36, ff. de O. J.*

§. CXXV.

II. Sequitur altera quæstio, quid ea lege cautum fuerit? Resp. 1°. ut non nisi pars servorum testamento manumitti posset. Et quidem hæc observanda erat proportio. Si quis haberet Serv. I, usque ad X, manumittere poterat partem dimidiam; sin XI ad XXX, manumittere poterat partem tertiam; sin XXXI ad C, partem quartam; sin CI ad CV, partem quintam; sin plures, non plus quam C. 2°. Ut, si quis plures manumitteret, primi tantum liberi essent, reliqui in servitute manerent. E. g. habebat quis 5 servos, et manumittebat Syrum, Davum, Stichum, Dromonem: hic duo priores erant liberi, quia per hanc legem tantum pars dimidia manumitti poterat, Stichus et Dromo servi manebant. Quum id scirent domini, solebant nomina scribere in testamento διεξοδικῶς, vel per annulum hoc modo:

Liberi



ne quis sciret, quis primus, secundus et ultimus sit. Sed Augustus cavebat, 3°. ut tunc nullus libertatem consequeretur, sed omnes manerent servi.

§. CXXVI.

III. Ad ultimam quæstionem paucis respondemus, hujus legis hodie nullum esse usum, quia eam tamquam invidam et inhumanam sustulit Justinianus, §. *un. Inst. h. t.* quum tamen esset reipublicæ utilissima. Obiter notandum, quod, quum Justinianus hanc legem dicat quodammodo invidam, Accursium in glossa somniare, legem hanc nomen accepisse a cane. *Nam canis servat naturam*, inquit, *qui stat in palea, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permittit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito Caninia dicitur, ut sit consequens nomen rei.* Lepide sane!

Nihil hoc ad jus nostrum attinet.

TITULUS VIII.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

§. CXXVII et CXXVIII.

Absolvimus primam personarum divisionem, secundum quam alii homines sunt liberi, alii servi; et liberi iterum vel ingenui vel libertini; de quibus omnibus hactenus accurate actum a tit. III, ad tit. VII. Sequitur jam altera divisio hominum. Alii enim sunt *sui juris*, alii *alieno juri subjecti.* Posset aliquis existimare, hanc divisionem cum priore coincidere, nam liberos homines esse sui juris, servos alieno juri subjectos. Sed respondetur, hanc divisionem a superiore esse diversissimam, nam et filii filiæque familias alieno juri subjecti subjectæque sunt, cum tamen non sint servi, sed personæ liberæ. Hinc ante omnia definiendæ sunt personæ sui et alieni juris. *Sui juris* sunt, qui nec dominicæ nec patriæ potestati subsunt., et hi dicuntur *patresfamilias*, cujuscumque sint ætatis; e. g. infans, qui adhuc in cunis vagit, est paterfamilias, si nec patrem habet nec dominum. Contra *alieno juri subjecti* sunt, quicumque vel in patris potestate sunt (et hi vocantur *filii filiæve familias*), vel sub dominica (et hi vocantur servi et ancillæ). Hoc titulo agendum de potestate dominica, sequente de patria.

§. CXXIX.

De *dominica potestate* sciendum, 1°. quod sit hujus potestatis fundamentum? §. 129. 2°. In quo illa consistat? §. 130. 3°. An adhuc vigeat usuque recepta sit? §. 131. I. Fundamentum potestatis dominicæ est status servorum. Servi enim non sunt personæ, sed res; res sunt in dominio: ergo et servus æque est in dominio heri sui, ac bos, equus aliudve jumentum, a quibus parùm differebant servi jure Romano, ceu diximus supra §. 77

et 80. Ex hoc ergo principio fluit regula : *Quæcumque jura competunt domino in rem suam, eadem competunt in servum.*

§. CXXX.

II. Ex hoc axiomate omnia fluunt dominorum jura in servos. Nam 1°. domino olim competebat jus vitæ et necis in servos. Uti enim equum occidere potest dominus, ita et servum poterat, §. 1, *Inst. h. t.* Exempla plurima existunt in historia Romana, quod servi sub furca cæsi, in crucem sublati, e rupe præcipitati, in piscinam missi. Vid. Seneca *de ira, l. 3, c. 40, de clementia, c. 18.* Plin. *hist. nat. l. 9, c. 23.*— 2°. Servi erant in commercio, ut vendi et quocumque titulo in alios transferri possent, ut equi, boves, etc. 3°. Quidquid servi adquirebant, id adquirebant dominus, æque ac dominorum erat, quod adquirebant equi, boves, etc. Quamvis enim servi haberent peculium, quod sibi de demenso suo comparabant miseri gentium defraudando, uti loquitur Ter. *Phorm. Act. I, Scen. I, 6,* omnia tamen pro lubitu illis eripere poterant domini; unde eod. loc. Terentius : *Quod ille unciatim vix de demenso suo, suum defraudans genium, comparsit miser, id illa (hera) universum accipiet, haud existimans, quanto labore partum.*

Noli tamen ex primâ parte hujus paragraphi, inferre, concessam fuisse dominis promiscuam occidendi licentiam ; sed sensus hic est, dominos fuisse judices domesticos suorum servorum, adeoque et supplicium capitale illis infligere potuisse, qui tale quid meriti essent. Vide GROTIUM, *de Jure Belli et pacis. lib. 3, cap. 14.*

§. CXXXI.

III. Quod ad usum hodiernum attinet, notandum, 1°. quid ipsæ leges Romanæ mutarint, §. 131 ; 2°. quid jure patrio receptum sit, §. 132. 1°. Jus Romanum sustulit jus vitæ et necis, quia eo maxime abutebantur domini crudeles. Exemplum notum est Pollionis, qui servum ob fractum vas chrystallinum in piscinam projici jusserat. Seneca *l. c.* Hinc jure novo homicidii rei sunt,

qui servum suum occidunt, §. *2*, *Inst. h. t.* et solum jus castigandi relictum est dominis, *l. un. C. de emend. serv.* quamvis et pœna extraordinaria adficiantur domini, si hoc castigandi jure abutantur, ceu docet elegans exemplum Umbriciæ matronæ ab Hadriano relegatæ in quinquennium, quia ancillas levissimis ex caussis atrocius tractasset, *l. 2*, §. *ult. ff. h. tit.* Quin, Antoninus Pius servos Julii Sabini, qui a domino atrocius tractati ad statuam principis tamquam ad asylum confugerant, vendi jussit et pecuniam reddi domino, ne forte atrocius tractarentur iterùm, §. *2*, *Inst. h. t.*

Quàm vilis habita fuerit anima servilis, ex his versibus Juvenalis V. 219, meliùs intelliges :

Pone crucem servo. — Meruit quo crimine servus
Supplicium ? quis testis adest ? quis detulit ? audi.
Nulla umquam de morte hominis cunctatio longa est.
— O demens ! ita servus homo est ? nil fuerit, esto :
Hoc volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.

§. CXXXII.

De Germania aliisque locis, ubi adhuc servi habentur, observandum, 1°. nec ibi dominos jure vitæ et necis in servos uti, sed durius tamen castigari verberibus, carcere, vinculis, qui non parent dominis. Multis locis domini simul gaudent jurisdictione civili et criminali in servos vel rusticos suos, quæ jurisdictio dicitur *patrimonialis*, eaque etiam in vicina Omlandia habent nobiles, quamvis non habeant servos. 2°. In Germania homines proprios vendi, donari legarique posse, sed non nisi cum prædio, ad quod pertinent. 3°. Ibidem non omnia servos adquirere dominis. Præstito enim censu annuo, præstitisque operis, si quid præterea ipsis superest, id sibi retinent et ad liberos suos transmittunt, excepto tamen equo optimo, optimaque supellectili, quam dominus ex hereditate capit (conf. sup. §. 85). Aliquibus locis receptum est, ut mortuo homine proprio heredes ejus et dominus æqua lance inter se dividant hereditatem. Mores itaque diversis locis sunt diversissimi.

TITULUS IX.

De patria Potestate.

§. CXXXIII et CXXXIV.

Diximus de potestate dominica. Quum vero et liberi sint personæ alieno juri subjectæ, hinc jam porro de patria potestate agitur. Ante omnia observandum, patriam potestatem vel esse *juris gentium*, vel *juris Romani*. 1°. Illa omnibus hominibus communis : hæc Romanis tam propria est, ut Justinianus scribat : *Nulli enim alii sunt homines, qui tali in liberos potestate utantur, quali nos utimur*, §. 2, *Inst. h. t.* 2°. Potestas juris gentium utrique parenti communis est : potestas juris Romani patri tantum competit, non matri, cujus in potestate liberi non sunt. 3°. Potestas juris gentium ea tantum permittit parentibus, quæ ad educandos liberos pertinent, e. g. ut possint liberorum actiones dirigere, eos castigare, etc. ast jus Romanum parentibus masculis eam potestatem dabat in liberos, quæ competebat dominis in servos. 4°. Denique patria potestas juris gentium exspirat, liberis separatam instituentibus œconomiam; patria potestas Romana non finiebatur nisi morte, vel si ipse pater liberos e potestate dimitteret; unde ea potestas in nepotes et pronepotes porrigebatur. Sic sane discrimen in oculos incurrit. Nos jam de patria potestate Rom. agimus; cujus describimus : 1°. Fundamentum, §. 135-137; 2°. effectus, §. 138, 139; 3°. mutationes, §. 140-143, 4°. modos adquirendi patriam potestatem, §. 144.

Principio hujus tituli, Justinianus monet jus patriæ potestatis esse jus quoddam proprium civium Romanorum; hoc sensu, quod nulli erant homines qui talem in liberos haberent potestatem, qualem Romani habebant. Cæterùm enim patria potestas in se originem ex jure naturæ trahit. Hinc apud nos recepta est. Ideòque videmus in nostro Codice civili titulum *De la Puis-*

sance paternelle; in quo tamen, hæc potestas ita moderata et mitigata est, ut reverà fatendum sit, hanc esse ab illâ Romanorum planè diversam. Apud nos enim patria potestas in pietate, non atrocitate consistit, et parentibus relicta est modica duntaxat castigatio liberorum. Pariter, quæ liberis adquiruntur, non cedunt patri. Et circà hanc bonorum acquisitionem per liberos, hoc tantùm observatur, quod constante matrimonio pater, et matrimonio soluto mater sive pater superstes, bonis suorum liberorum fruuntur, donec hi suum decimum-octavum annum compleverint, aut priùs hâc ætate fuerint emancipati. *Cod. Nap. art. 384 et seqq.*

§. CXXXV, CXXXVI et CXXXVII.

I. *Fundamentum* patriæ potestatis Romanæ est *dominium Quiritarium*, i. e. hujusmodi dominium, quod non alii competit quam Quiritibus, seu, Romanis civibus, *§. 2, Inst. de jur. nat. gent. et civili.* Nimirum observandum, 1°. liberos non fuisse personas ratione patris, sed res. Servi respectu nullius hominis erant personæ, liberi personæ erant respectu aliorum hominum, sed non respectu patris. 2°. Cum itaque hujus respectu essent res, non personæ, erant in dominio patris; hinc tamquam aliæ res nostræ poterant vindicari, *l. 1, §. 2, ff. de rei vindic.* furto surripi, et actio furti ob illos institui, *l. 14, §. 13, et l. 38, §. 4, ff. de furt.* Denique tamquam res liberi poterant sollemni ritu mancipari vel vendi. Unde primus *illustris Corn. van. Bynkershoeck, in libello de jure occidendi liberos, c. 1, p. 145*, docuit, *patriam potestatem Romanam nihil fuisse aliud, quam dominium juris Quiritium vel Quiritarium.* 3°. Ex eo itaquè fluit axioma : Quacumque potestate domini utebantur in servos, aliasque res suas, eadem patres utebantur in liberos, jure Romano. Quin in eo durior erat liberorum quam servorum conditio, quod, cum hi non nisi semel vendi possent, et semel manumissi liberi fierent, liberi ter a patre venundari possent, et bis manumissi semper tamen reciderent in patriam potestatem. Hoc est patriæ potestatis Romanæ fundamentum : Hoc axioma est principium, ex quo omnes patriæ potestatis effectus fluunt.

§. CXXXVIII.

II. Effectus illi duorum generum sunt : alii ex dominio Quiritario fluunt, de quibus §. 137, alii ex eo, quod filii filiæve familias ratione patris non sint personæ, de quibus §. 139. Effectus patriæ potestatis, qui ex dominio fluunt, hi sunt : 1°. quod pater haberet jus vitæ et necis in liberos, *l. 11, ff. de lib. et posth.* Dion. Halic. *l. 11, p. 96.* Id vero non intelligendum de promiscua occidendi licentia (hæc enim non *jus* vitæ et necis, sed *injuria* fuisset), sed de jure et facultate, qua pater tamquam judex domesticus liberis admisso crimine ipse irrogare posset supplicium capitale, nec teneretur rem ad magistratum referre. Hoc modo a patribus animadversum in C. Cassium, *Val. M. l. 5, c. 8*; in Scaurum, *Val. Max. ib.* §. *2*; in Fulvium, *Sall. de B. Catil. c. 39.* 2°. Quod patri liceret ter venumdare filium, ita ut bis venditus et toties ab emtore manumissus nihilo minus recideret in patris potestatem, eaque non nisi tertia manumissione exiret. *Dion. Hal. l. 11, p. 97.* 3°. Quod filius posset noxæ dari, §. *7, Inst. de nox. act. Noxæ* vero *dare* est servum vel filium, qui delictum privatum, ut furtum, rapinam, damnum, injuriam commiserat, læso tradere in satisfactionem. Patres ergo tenentur vel mulctam solvere pro liberis delinquentibus, vel, id si nollent, poterant filium læso in servitutem addicere, vel noxæ dare. 4°. Quod, quidquid adquirerent, id olim patri adquirerent, æque ac servi, ut infra dicemus ex instituto, *lib. II, tit. IX.* 5°. Quod ea potestas et ad nepotes et pronepotes ex filiis porrigeretur. Quia enim, cujus est res, ejus etiam est rei accessio, ideoque et servorum liberi in potestate dominica sunt : hinc et liberi filiorum in eadem potestate sunt, in qua ipsi sunt constituti.

NB. Dico, id verum esse de nepotibus ex filiis. Filiæ enim per nuptias in aliam familiam transeunt, et hinc liberi ex eis nati non sunt in potestate avi materni, sed in potestate patris sui, vel, si adhuc vivat, avi paterni.

§. CXXXIX.

Sequuntur effectus, qui ex eo fluunt, quod liberi respectu patris non sint personæ, sed res. Ex eo principio fluit, quod 1°. pater et filius in negotiis privatis habeantur pro una persona, *l. ult. C. de pupill. et al. subst.* Hinc pater omnia agebat loco filii, et filius poterat patri aliquid stipulari, sed non sibi ipsi. Id vero tantum intelligendum de negotiis privatis; in publicis enim filius familias pro patre familias habebatur: hinc et filius potest tutor esse, consul, prætor, *l. 9, ff. de his, qui sui vel,* etc. 2°. Quod nulla inter patrem filiumque familias esset actio, nulla obligatio, nulla lis, nullus contractus. Nemo enim secum ipse litigare vel contrahere potest, *l. 4, ff. de judic.* *§. 6, Inst. de inutil. stipul.* 3°. Quod posset pater liberis suis tutores testamento dare, *§. 3, Inst. de tutel.* Quia enim liberi sunt in dominio patris (§. 136.), et dominus de rebus suis testari potest libere: hinc et pater poterat testari de liberis suis impuberibus, a quibus tutoribus regi debeant post mortem. Ex quo principio etiam inferebant, 4°. quod possent patres liberis pupillariter substituere, i. e. testamento suo ita disponere: Filius meus heres esto: si intra pubertatem morietur, Mævius ei heres esto, *pr. Inst. de pup. subst.* 5°. Quod nec uxorem ducere, nec mutuum accipere, nec quidquam aliud magni negotii peragere possent sine consensu parentis.

§. CXL.

III. Mutationem tamen non unam subiit hæc patria Romana potestas, 1°. circa jus vitæ et necis, §. 140; 2°. circa venditionem liberorum, §. 141; 3°. circa adquæstum per liberos, §. 142; 4°. circa noxæ dationem, §. 143.

1°. Prima mutatio observanda circa jus vitæ et necis. Nec enim (*a*) amplius liberos licet occidere, sed modice castigare, *l. 3, C. de patr. potest. l. un. C. de emend. serv.* (*b*) Non ipse pater amplius animadvertit in liberos criminis reos, sed judex, cui tamen pater potest præscribere sententiam a judice exsequendam, *l. 3, C. de patr. pot.* Hinc cum olim pater in liberis non posset

committere parricidium (*vid. l. 1, ff. ad l. Pomp. de parric.*) hodie et pater tamquam parricida plectitur, si occiderit filium vel filiam. Ratio hujus mutationis consultissima est. Aut enim parens est indulgens, aut sævus, aut vir justus. Si indulgens, facile ignoscet filio etiam scelestissimo. Sin sævus, facile jure suo abutetur in filium etiam innocentissimum. Si denique vir justus, maximo cum dolore exsequetur justitiam adversus liberos. Notum est exemplum legislatoris Atheniensis, Draconis, qui cum ipse legem tulisset, de eruendis adultero oculis, filio hujus delicti convicto, rogavit, ut alter sibi, alter filio effoderetur. Hinc consultissimum est, magistratum potius, quam patrem hoc jus exercere.

§. CXLI.

2°. Altera mutatio facta circa jus vendendi liberos. Nam ex lege notabili Constant. M. *l. 36, C. de patr. qui fil. distr.* (*a*) non potest pater id jus semper exercere, sed urgente extrema paupertate, si ipse se filiumque alere nequeat. (*b*) Non potest pater quemcumque filium distrahere, sed tantum sanguinolentum, i. e. eum, qui modo ex utero prodiit et nondum ablotus est. Cur quæso sanguinolentum tantum? Quia vix probabile erat, eum emtorem reperturum. Quid enim emeret servulum, cui nutrice esset opus, et qui nullas præstare posset operas per multos annos?

§. CXLII.

3°. Tertia mutatio pertinet ad adquæstum per liberos. Hodie enim non omnia, quæ habet filius, adquiruntur patri, sed magna est inter peculia differentia; de qua ex instituto dicemus infra lib. II, tit. IX.

§. CXLIII.

4°. Quarto nec filius hodie amplius potest noxæ dari. Id enim jus mutavit Justinianus, §. 7, *Inst. h. t.* 5°. Hodie raro competit avo potestas in nepotes vivo patre, quia hodie raro uxores ducunt liberi, nisi liberos ipsi alere pos-

sint; si vero id possunt, et separatam instituunt oeconomiam, tunc plerumque hodie tacite exeunt potestate patria (vid. infra §. 199). Reliqui juris effectus etiamnum in viridi sunt observantia.

§. CXLIV.

IV. Reliqui sunt modi adquirendi patriam potestatem, ubi magna est analogia servorum et liberorum, quos a servis jure Romano parum differre diximus §. 137. Quemadmodum itaque servi aut nascuntur aut fiunt, §. 81: ita liberi aut nascuntur aut fiunt. *Nascuntur* ex justis nuptiis; nam observanda est regula: *Pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant:* dummodo quis natus justo tempore, nempe septimo mense a nuptiis, *l. 6, ff. de his, qui sui vel, etc.* vel decimo mense a morte patris, *l. 3, §. pen. ff. de suis et legit. hered. Fiunt* vel per *adoptionem*, vel per *legitimationem*. Quum itaque tres sint modi adquirendi patriam potestatem, *Nuptiæ, Legitimatio, Adoptio*, de nuptiis agitur tit. X, de legitimat. eod., de adoptione tit. XI.

Regula *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, confirmatur *Cod. Napol. art. 312.*

Decimo mense à morte patris.] Art. 315.

TITULUS X.

De Nuptiis.

§. CXLV.

PRIMUS *modus adquirendi patriam potestatem* sunt nuptiæ: unde et de iis agitur hoc tit. X. Hinc ante omnia observandum, maximopere differre jura circa nuptias: aliud enim justum est jure nat. et gent. aliud jure canonico, aliud jure civili, aliud jure protestantium. E. gr. Jus naturæ plane ignorat ritus nuptiales; jus Canonicum eos putat necessarios, quia ex ejus sententia matrimonium

est sacramentum; jus civile putat, nuptias solo consistere consensu: denique jus protestantium doctrinam de sacramento rejicit et ritus nuptiales unicuique magistratui permittit. Ne itaque confuse omnia tractentur, distincte hæc jura considerabimus, et dispiciemus, I. quid sint nuptiæ, §. 146 et 147. II. Quibus ritibus ineantur, §. 148. III. Quinam possint inire matrimonium? §. 149-163. IV. Quænam sit injustarum nuptiarum poena, §. 164.

§. CXLVI.

Quod I. ad *definitionem nuptiarum* attinet, aliter eas definiunt DD. Juris Nat. aliter Canonistæ, aliter Jus Civile, aliter Protestantes. 1°. *Jure naturæ* nuptiæ sunt *viri et mulieris conjunctio ad liberos procreandos comparata.* Hinc jure naturæ non quæritur, an duæ personæ conjungi debeant, vel plures? an istæ personæ possint esse cognatæ vel adfines? an conjunctio debeat esse perpetua? Hæc omnia enim aliis legibus invecta sunt. Jure Nat. sufficit, si finis obtineatur, qui est *procreatio sobolis.* Hinc jure naturæ justæ fuere nuptiæ inter Adami liberos, i. e. fratres et sorores, quia tunc nullæ aliæ leges exstabant, quibus hujusmodi nuptiæ prohiberentur. 2°. *Jure canonico* nuptiæ sunt *sacramentum laicis proprium, quo vir et mulier secundum præcepta ecclesiæ conjunguntur.* Vocant nuptias *sacramentum.* Notum enim est, quod Pontificii septem statuant sacramenta, inter quæ et matrimonium referunt. Dicunt esse sacramentum *laicis proprium*; quia Clericis inhibent matrimonium satius esse existimantes, ni donum continentiæ habeant, eos concubinas alere quam uxores. Dicunt, *quo vir et mulier secundum præcepta ecclesiæ conjunguntur,* quia magistratibus non permittunt, de nuptiis tamquam de sacramento judicare vel leges ferre, sed putant eam cognitionem pertinere ad ecclesiam, i. e. ad Pontificem et Episcopos. 3°. *Jure civili* nuptiæ sunt *conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio, l. 1, ff. de R. N. Conjunctionem* vocant matrimonium, quia jure Romano consensus facit nuptias, quamvis concubitus non accesse-

rit; quo pertinent notabiles textus *l. 5, l. 6, ff. de Rit. Nupt.* Porro conjunctio *maris et feminæ;* Romanis enim prohibita erat polygamia simultanea, §. *6 et 7, Inst. h. t.* Addunt, *consortium omnis vitæ;* uxor enim cum viro eadem domo degere tenebatur; unde phrases, *domum ducere, uxorem ducere.* Denique, *divini et humani juris communicatio.* Romani enim habebant suos deos domesticos, quos Lares et Penates adpellabant: eorum sacrorum domesticorum participes fiebant uxores. 4°. Denique *Protestantium* nuptiæ sunt *societas maris et feminæ indissolubilis et divinitus instituta, ad generationem prolis et mutuum vitæ adjutorium ineunda.* In qua definitione omnia nituntur fundamento S. Scripturæ. Dicuntur nuptiæ *societas maris et feminæ*, ob verba *Gen. II, 24;* dicuntur societas *indissolubilis*, ob *Matth. XXIV, 6;* dicuntur *divinitus instituta*, ob *Gen. II, 21;* additur, *ad generationem prolis*, ob *Gen. I, 2, et mutuum vitæ adjutorium ineunda*, ob *Gen. II, 18.*

§. CXLVII.

Ex his definitionibus fluunt diversa fundamenta decidendi caussas matrimoniales. Nam 1°. Jus Naturæ eas decidit *ex fine matrimonii:* quidquid ei repugnat, id injustum est, e. g. matrimonium eunuchi. 2°. Jus Romanum eas decidit ex *honestate et legibus civilibus.* Hinc e. g. nemo potest ducere filiam adoptivam, cum tamen nulla impediat consanguinitas. 3°. Jus Pontificium eas decidit *ex præceptis ecclesiæ*, i. e. Pontificis Romani. Hinc e. g. non permittitur Clericis matrimonium. 4°. Protestantes omnia referunt ad *Jus divinum* in S. S. et per rectam rationem revelatum. Quæ fundamenta diversa doctrinas etiam pariunt diversissimas.

§. CXLVIII.

Hactenus de nuptiarum definitione. Sequuntur II. jam *ritus*, quibus matrimonium iniri solet. Hic sciendum, 1°. Jure Romano consensum solum facere nuptias, non concubitum, non domum deductionem; quæ tantum

effectus sunt ad complementum nuptiarum. Hinc et absens potest ducere absentem, *l. 5, ff. de rit. nupt.* et absens ante concubitum mortuus ab uxore sua lugendus est, *l. 6, ff. eod.* Sic et pacta dotalia valent statim post nuptias, quamvis sponsa, antequam torum inscendat, moriatur. 2°. Ast jure Canonico præter consensum requiritur benedictio sacerdotalis. Nam si hæc non accesserit, matrimonium quidem *ratum* est, sed *non legitimum, c. 7 et c. 8, X de divortiis*, i. e. hujusmodi matrimonium apud Pontificios habet effectus civiles, sed non ecclesiasticos. Ecclesia eos non agnoscit pro conjugibus. 3°. Quid Protestantes? Resp. Hi (*a*) requirunt consensum, sine quo nuptiæ consistere non possunt, *l. 2, ff. de rit. nupt.* (*b*) requirunt etiam singulorum locorum ritus, e. g. proclamationem ex suggestu, benedictionem coram facie ecclesiæ, vel copulationem in curia. (*c*) His ritibus non accedentibus matrimonium nec legitimum nec ratum habetur. Hinc memini tamquam concubinarium damnatum, qui cum uxore clam inierat matrimonium sine benedictione ecclesiastica; quod Galli vocant *un mariage de conscience.*

§. CXLIX.

Jam III quæritur porro, quænam personæ ineant nuptias? Hic sequentia notentur requisita. 1°. Ut mas sit pubes, i. e. annorum XIV, *pr. Inst. h. t.* alias enim sufficere non censentur fini matrimonii, i. e. procreationi sobolis et mutuo adjutorio. Equidem jus Canonicum et impuberibus nuptias concedit, si, ut loquuntur, malitia suppleat ætatem, *c. 3, X, de spons. imp.* sed id non permittunt Protestantes privatis. Principibus etiam impuberibus nuptiæ conceduntur, sed ita, ut earum implementum per concubitum differatur in annos pubertatis. 2°. Ut unus ducat unam, una nubat uni. Nam polygamiam præter jus Nat. omnia jura damnant. De jure civili id constat ex §. *6 et 7, Inst. de nupt.*, de jure divino, quod Protestantes sequuntur, ex *Matth. XIX, 8, coll. cum Gen. II, 18.*

Ut mas sit pubes.] Ita *Cod. Nap. art. 144*, excipe *art. 145 et art. 185.*

Polygamiam omnia jura damnant.] Facit *Cod. Nap. art. 147.*

§. CL.

3°. Tertium requisitum erat, ut nuptias inirent soli cives, *pr. Inst. h. t.* Nam inter servos non erant nuptiæ, sed contubernium, inter peregrinos non nuptiæ, sed matrimonium, *l. 13, §. 1, ff. ad leg. Jul. de adult.* Id est, peregrini quidem uxores habebant, sed ea conjunctio non habebat eosdem effectus ac nuptiæ Romanorum. Nam nec dos locum habebat, nec liberi ex eo matrimonio procreati in patris potestate erant. Ut paucis dicam, omnes homines poterant inire matrimonium juris gentium, sed non nuptias juris civilis; quod discrimen hodie plane cessat. 4°. Ut liberi non ineant matrimonium sine patris consensu, cujus in potestate erant. Hoc tamen necessarium erat apud Romanos, ut (*a*) hic patris consensus præcedere deberet, *pr. Inst. h. t.* (*b*) ut nuptiæ, sine eo consensu initæ, essent nullæ; (*c*) ut furiosi filius vetere jure vivo patre uxorem ducere non posset, *pr. Inst. h. t.* Hodie consensum requirimus utriusque parentis, imo et curatorum, sed non tanto rigore. In hac provincia rigor satis magnus est et nuptiæ hujusmodi rescinduntur. Huber. *prœl. h. t.* Sed alibi non permittuntur quidem nuptiæ, si absit consensus, sed semel tamen contractæ non rescinduntur. Mores itaque variant.

Inter peregrinos non erant nuptiæ.] Jure nostro, nuptiæ sunt juris gentium et cum peregrinis cives matrimonium inire possunt, ceu indicant *art. 12 et 19 Cod. Nap.*

De consensu parentum ad substantiam nuptiarum requisito, vide *Cod. Nap. art. 148 et seqq.* — Hoc amplius notare velis quòd principes non possunt legitimum contrahere matrimonium, sine consensu Imperatoris. — *Sénatus-consulte organiq. du 28 floréal an XII, art. 12.*

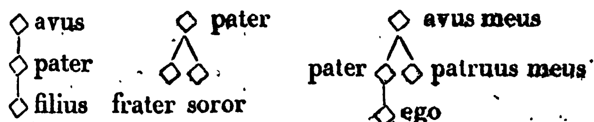
§. CLI.

5°. Quintum requisitum est, ut personæ possint per leges conjungi. Nam inter quasdam personas nuptiæ prohibentur, (*a*) tamquam incestæ, §. 152-161, (*b*) tamquam indecoræ, §. 162, (*c*) tamquam noxiæ, §. 163.

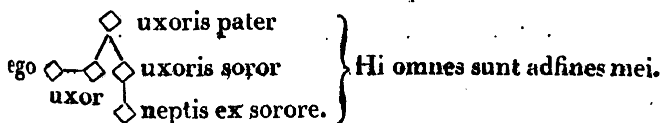
§. CLII.

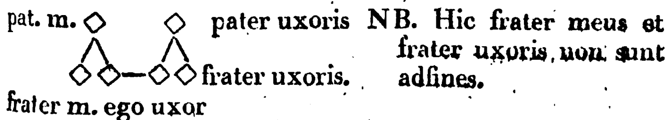
(a) *Tamquam incestæ* prohibentur nuptiæ *inter proximos cognatos et adfines.* Ergo quæritur (α) quid sit cognatio et adfinitas, §. 152. (β) Quomodo computentur gradus, §. 153-157. (γ) Qui gradus sint prohibiti? §. 158-160.

(α) Primo igitur quæritur, quid sit cognatio et adfinitas? Resp. *Cognatio est inter personas, quæ a communi stipite descendunt*, e. g. pater et filia sunt cognati, nam descendunt a communi stipite, nempe ab avo. Frater et soror sunt cognati, descendunt enim ab eodem patre vel matre. Patruus est cognatus meus, quia mecum ab eodem avo descendit. Hæ personæ in schematibus sistuntur.



Adfinitas contra est *necessitudo inter unum conjugem et alterius familiam.* Sic uxoris meæ parentes, fratres, sorores, patrui sunt adfines mei, et mei parentes, fratres, sorores sunt adfines uxoris meæ. At frater meus et frater uxoris meæ non sunt adfines. Hoc ita declaratur:





frater m. ego uxor

Paucis: *cognatio* nascitur *per generationem : adfinitas per nuptias.*

De cognatione et gradibus cognationum, vide *Cod. Nap. art. 736, 737 et 738.*

§. CLIII.

(β) Quæritur, quomodo computentur gradus? Resp. *Gradus* nihil aliud est quam generatio, et ea designatur lineola recta. Si plures personæ connumerentur, quæ generarunt vel genitæ sunt, hæc vocatur *linea*. Quemadmodum ergo generatio lineola designatur, ita personæ gignentes vel genitæ notantur quadrato. E. g. pater filium genuit, notatur ergo pater quadrato, et actus generationis lineola, e. g.

pater
filius.

Linea cognationis vel *recta* est, vel *obliqua*. Recta est, quæ meras personas generantes et genitas complectitur, *obliqua*, quæ et alias personas.

Recta linea.

abavus	ego
proavus	filius
avus	nepos
pater	pronepos
ego	abnepos
	atnepos

Obliqua linea.

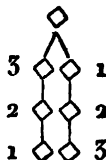
proavus meus
avus meus — patruus meus magnus
pat. meus — patris mei consobrinus.
ego

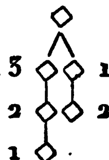
Illa seu prior linea vocatur *adscendens*, quia a me ad progenitores adscendo: ista vocatur *descendens*, quia ad posteritatem descendo. Hic vero ego et patruus meus magnus, nec non patris mei consobrinus cognati mihi in linea obliqua.

Linea obliqua vel *æqualis* est, vel *inæqualis*. *Æqualis*, ubi ex utroque latere totidem occurrunt personæ et gradus: *inæqualis*, ubi in altero latere plures, in altero numerantur pauciores gradus et personæ, e. g.

Linea

Linea æqualis. *Linea inæqualis.*

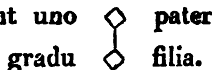




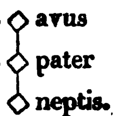
§. CLIV et CLV.

His observatis definitionibus facile intelliguntur *regulæ de computatione graduum*. Sunt earum tres :

1°. *In linea recta tot sunt gradus, quot sunt generationes*. Hinc si scire cupio, quoto gradu hac in linea distent duæ personæ ; lineolas tantum numero, non quadrata, e. g. distant uno gradu



avus et neptis distant gradibus duobus.

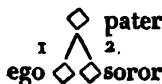


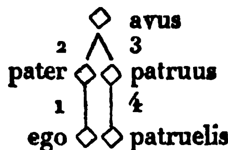
ego ab abavia disto 4 gradibus.



2°. *In linea æquali jus civile utrumque latus numerat, jus canonicum unum tantum.* Et quidem

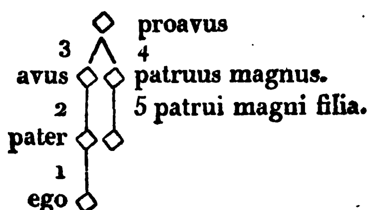
3°. *In linea inæquali longissimum.*





{Ego et soror jure civili distamus gradib. 2, jure can. gradu 1.}

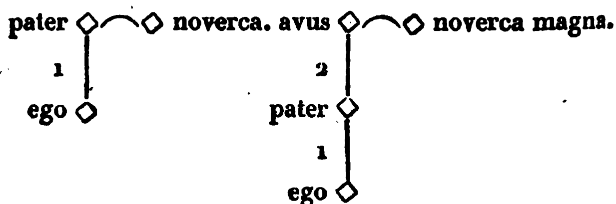
{Ego et patruelis distamus jure civili gradu quarto, jure canonico gradu secundo.}



Ego et patrui magni filia distamus jure civili gradu quinto, jure canonico tertio.

§. CLVI.

Hactenus de computatione graduum consanguinitatis. De adfinitate observandum, ejus proprie nullos esse gradus, quia adfinitates non nascuntur ex generatione, sed ex nuptiis. *L. 4, §. 5, de grad. et cogn.* Sed analogice tamen et in affinitate æque gradus statuuntur, et eodem modo numerantur, ac in consanguinitate. Sic et schemata eodem modo pinguntur ac in consanguinitate. Nuptiæ autem indicantur per lineam curvam, quæ in computatione non connumeratur, e. g. in linea recta noverca mihi adfinis est in gradu primo: avi uxor vel noverca magna in gradu secundo, proavi uxor in gradu tertio, et sic in infinitum.

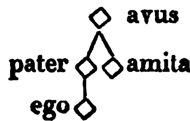


Nec absurdum est, lineolam curvam, nuptiarum indicem, non connumerari, quum duo conjuges sint ex Dei effato una caro, et hinc pro una persona habeantur.

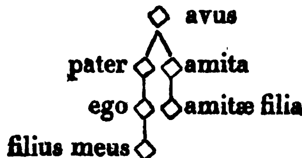
§. CLVII.

In prohibitione nuptiarum maximi etiam momenti est

respectus parentelæ, ut vocatur, adeo ut ille semper nuptias impediat. Quid vero est *respectus parentelæ?* Est cognatio inter duas personas, quarum una immediate sub communi stipite, altera vero est remotior. Dicimus, *immediate* illam subesse communi stipiti, adeoque non sufficit, aliam esse remotiorem, aliam propiorem. E. g. amita et matertera sunt mihi parentis loco, quia ipsæ communi stipiti subsunt immediate, quum ego sim remotior. En Schema:



Contra amitæ meæ filia et filius meus inter se quidem sunt cognati, sed nullus est respectus parentelæ, quia neutra persona immediate sub communi stipite est. En Schema:



Inter has personas tanta veteribus visa est necessitudo, ut *thii* et *thiæ* dicerentur, quasi divini et divinæ. Quo simul innuebant veteres, hujusmodi personas, æque ac parentes, veluti sanctas et venerabiles nobis esse decere. Eleganter Simplicius comment. ad Epict. Enchirid. cap. 37. *Antiquiores*, inquit, *leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare non dubitarint. Sed quamvis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen patrum et sorores Græci adhuc* θείους, *quasi divinos divinasque adpellant, ut demonstrent, quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent.* Cum itaque sanctæ adeo ac venerabiles hæ personæ viderentur, non mirum profecto, quod leges divinæ et humanæ nuptias cum illis iniri prohibuerunt.

§. CLVIII.

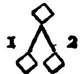
Hactenus computationem graduum vidimus. Jam (γ) ad *regulas* progredimur, quæ *circa ipsam prohibitionem* sunt observandæ.

1°. *Nuptiæ inter adscendentes et descendentes in linea recta in infinitum prohibentur.* Circa hanc regulam omnia jura conspirant: divinum *Lev. XVIII, 7*, itidem ita merito explicatur, quod omnes hæ nuptiæ prohibitæ sint. Additur *in infinitum*, ut interesse nihil ostendatur, quotocunque gradu sint. Sic e. g. Atavia non magis nubere poterit abnepoti, quam avia nepoti vel mater filio. Imo solet hæc regula eo exemplo pereleganter illustrari, quod, si Adamus non violasset præceptum divinum de non comedendo fructu arboris, Eva autem violasset, adeoque mortua esset, hic in toto humano genere secundam uxorem non sit reperturus, quia omnes homines sint descendentes respectu Adami, quamvis gradibus quam plurimis remoti.

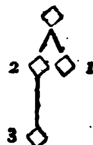
Ita planè *Cod. Nap. art. 161.*

§. CLIX.

2°. *In linea obliqua jure civili secundus et tertius gradus semper est prohibitus, quartus et reliqui tantum inter eas personas, quæ sibi invicem parentum et liberorum loco sunt*, i. e. inter quas est respectus parentelæ. Diximus, in secundo gradu semper prohiberi nuptias: nam in *secundo gradu* sunt fratres et sorores,

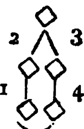


inter quos nec divinum nec humanum jus nuptias permittit. Diximus *etiam in tertio*

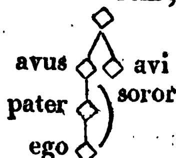


gradu semper prohiberi. Hic gradus enim concipi nequit sine respectu parentelæ, qui, ut §. 157 docuimus, semper impedit nuptias. Sic nec amitam nec materteram

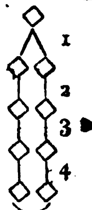
ducere possum, quemadmodum et femina nec patruo nec avunculo nubere potest. Addimus, *quartum et reliquos gradus* non prohibitos esse, nisi inter



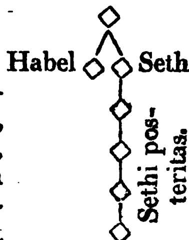
eas personas, quæ sibi sunt parentum et liberorum loco. Sic e. g. nuptiæ valent inter consobrinos, quia nullus inter eos respectus parentelæ, et sunt sibi invicem in quarto gradu. At non valent nuptiæ inter me et avi sororem, quamvis itidem quarto gradu simus



quia inter has personas est respectus parentelæ. Hæc est regula juris civilis. *Quid jus canonicum?* Hoc nuptias multo prohibet latius. In æquali enim linea prohibitio extenditur ad gradum quartum suæ computationis. *Cap. ult. X, de consang.* in quo capitulo lepida ratio adjicitur, quia quatuor sint humores in corpore



humano. Sed vera ratio est, quia pontifex indiget pecunia, et ea est commodissima laicos emungendi occasio, si tam multa matrimonia prohibeantur: sic enim petere coguntur dispensationem, ea autem gratis dari non solet. In inæquali respectus parentelæ etiam ulterius nuptias impedit, et, ut paucis dicam, in infinitum. Sic e. g. Habel, si viveret, uxoremque amisisset, non magis quam Adamus secundam per jus canonicum reperiret, quia omnes homines nati sunt

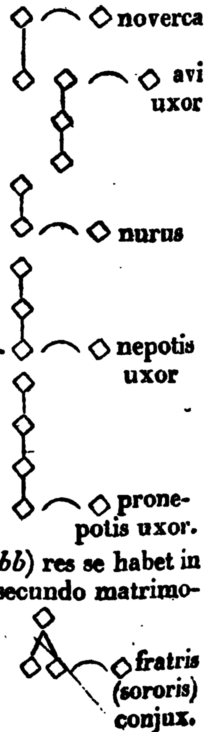


ex fratre ejus Setho, adeoque ipse parentis loco esset toti humano generi.

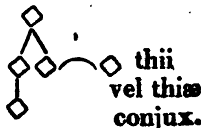
In lineâ collaterali, inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex altero tantùm : *art. 162* : quod locum habet etiam si cognatio inter eos ex adoptione tantum processerit. *art. 348.* Hoc ampliùs ; amitam et materteram ducere non licet, *art. 163*, nisi veniâ principis ad hoc specialiter impetratâ, *art. 164*.

§. CLX.

3°. Reg. tertia *de adfinitate* talis est. *Quotocumque gradu prohibentur nuptiæ ob cognationem, eodem prohibentur ob adfinitatem.* E. g. (*aa*) in linea recta inter adscendentes et descendentes nuptiæ prohibentur in infinitum, ergo et matrimonium cum adscendentis vel descendentis uxore, e. g. ducere non possum matrem, ergo nec novercam : ducere non possum aviam, ergo nec avi uxorem : ducere non possum filiam, ergo nec nurum : ducere nequeo neptem vel pronepotem, ergo nec nepotis vel pronepotis uxorem, et sic in infinitum. Eodem modo (*bb*) res se habet in linea collaterali. Prohibitum est gradu secundo matrimonium inter fratres et sorores, ergo etiam



inter fratrum sororumque conjuges. Gradu tertio matrimonium semper prohibitum cum thio et thia, i. e. patruo vel amita, avunculo vel matertera:



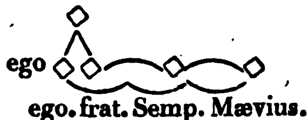
ergo etiam prohibitum est cum eorum conjugibus. Quarto gradu matrimonium prohibitum est inter consobrinos, ergo et cum consobrini conjuge.



At pontifex ob eamdem rationem, quam §. 159 explicavimus, etiam hic prohibitiones egregie multiplicavit, dum tria statuit adfinitatis genera. Primum contrahitur per unas nuptias: alterum per binas, tertium per ternas. E. g. si frater meus ducit Semproniam, inter me et illam est primum genus adfinitatis.



Si Sempronia mortuo fratre meo Mævio nubit, inter me et Mævium erit secundum genus adfinitatis.



Denique si, Sempronia mortua, Mævius ad secunda vota transiens duxerit Titiam,

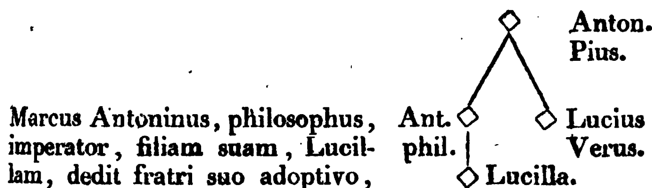


inter me et hanc erit tertium genus adfinitatis. Jam inter has personas quoque jus canonicum prohibet nuptias, sed apud nos hæc prohibitio vix attenditur.

§. CLXI.

Est etiam *cognatio spiritualis*, a papa inventa: est cognatio *civilis*, jure civili profecta, est et *Quasiadfinitas*, quæ itidem est juris civilis. De his quoque dicendum. *Cognatio spiritualis* contrahitur per baptismum inter baptizantem et baptizatum, item inter patrinum et baptizatum, inter parentes infantis et baptizantem et patrinos, etc. Hos quoque Pontifex matrimonia contrahere vetuit. Quid enim non potuit suasisse malorum auri sacra fames? Triste ejus rei exemplum exstat in Andofera, uxore Chilperici, regis Francorum: quæ filiam enixa a concubina regis persuaderi sibi passa fuerat, ut illam e baptismo ipsa susciperet; quo facto repudianda erat a Chilperico, quia jam erat spiritualis cognatio inter eum et uxorem. Vid. Gregor. Turon. *hist. Franc.*, *l. 5*, *c. 40*. Sed absurda est hæc prohibitio. Si enim ob spiritualem cognationem prohibendæ essent nuptiæ, nullus Christianus posset ducere Christianam, quia omnes sunt fratres et sorores spirituales. Hinc illam Protestantes merito rejecerunt. *Cognatio civilis* est, quæ oritur ex adoptione. Nam cum adoptio imitetur naturam, eodem loco habebantur adoptivi liberi, quo sunt naturales. Ex quacumque ergo ratione ducere non poteram feminam cognatam ob generationem naturalem, ex ea ratione nec ducere poteram cognatam per adoptionem factam. E. g. pater ducere non potest filiam naturalem, ergo nec adoptivam: avus ducere non potest neptem naturalem, ergo nec adoptivam. Frater ducere non potest sororem naturalem, ergo nec adoptivam. Sed quia hæc prohibitio tantum ex lege civili est, et non nisi fictione nititur, hinc facile potest per dispensationem mutari. Hinc e. g.

◇ | pater adoptans.
◇ | filia adoptiva.
◇ | neptis adoptiva.
◇ | soror
◇ | ◇ adoptiva.



Marcus Antoninus, philosophus, imperator, filiam suam, Lucillam, dedit fratri suo adoptivo, Lucio Vero. *Quasiadfinitas* est, quæ contrahitur non per nuptias, sed per sponsalia. E. g. frater meus sponsalia fecit cum Titia; antequam nuptiæ sequerentur, obiit: jam inter me et Titiam est quasiadfinitas, quæ non patitur, ut eam uxorem ducam. Sed solet tamen et hoc facilius concedi a summis imperantibus, modo sponsa juret, se cum defuncto sponso rem non habuisse. Exemplum sollemne hujusmodi nuptiarum notum est Henrici VIII, regis Angliæ, qui Catharinam Arragoniam, fratris sui sponsam, duxerat, eamque deinde repudiabat, quod putaret, incestas has esse nuptias; unde malorum Ilias in Anglia, de qua prolixe Burnet. *in hist. reform. Angl.*

§. CLXII.

Hactenus de nuptiis incestis. Prohibent (*b*) leges etiam quasdam nuptias tanquam *indecoras*, vel (α) ob imparitatem status, e. g. inter senatorem et libertam, inter ingenuum et mulierem scenicam, quæstuariam; quæ prohibitio est ex lege Julia et Papia Popæa: sed hodie ab usu recessit, imo abrogata ab ipso Justiniano, *l. 23 et l. ult. cap. de nupt.* Vel (β) ob antecedentem impudicitiam, e. g. inter adulterum et adulteram, raptorem et raptam.

Vitricus
Privignus. Privigni vidua.

(γ) Ob venerationem quamdam. Sic prohibetur matrimonium inter vitricum et privigni viduam, quum tamen nulla sit inter has personas adfinitas, nisi secundi generis, quæ alias non attenditur, §. *15*, *Inst. h. t.* Ita et prohibitum matri-

ego ◇⌒◇⌒◇ alterius uxor. rep. │ maritus ◇ filia.	monium cum uxoris repudiatæ filia ex alio matrimonio quæsita,

§. 9, *Instit. h. t.* quum tamen itidem tantum sit adfinitas secundi generis.

Jure nostro est saltim casus ubi adulteri inter se matrimonium inire non possunt. *Cod. Nap. art. 298.*

§. CLXIII.

(c) Tamquam *noxiæ* prohibentur nuptiæ vel (α) ob religionis respectum inter Christianum et Judæam, *l. 6, Cod. de Judæis.* (β) vel ob detrimentum rei familiaris inter tutorem ejusque filium et pupillam, quia hoc obtentu tutor uti posset ad denegandam rationum redditionem, *l. 59, ff. h. t.* (γ) ob metum tyrannidis inter præsidem provinciæ et mulierem provincialem. Periculum enim erat, ne præses contracta cum potentiore familia adfinitate ejus auxilio tyrannidem in provincia adfectaret, quod M. Antonium fecisse novimus in Ægypto, ducta uxore Cleopatra, regina. *L. 57, l. 68, ff. h. t.* (δ) ob superstitionem denique nuptiæ clericorum, *nov. 17, c. I. §. 7.* Sed hanc prohibitionem et improbam esse et S. Sacræ repugnare, manifestum ex *Hebr. XIII, 4, 1, Tim. III, 2, IV, 3.* Unde non mirum, quod ea cesset inter Protestantes.

Codice Napoleonis, conjunctiones quæ in hoc paragrapho pro vetitis habentur, permissæ sunt; omne enim quod non vetat lex est permissum, quamvis non semper honestum sit. Hinc etiam clericorum nuptiæ tolerantur, si de his clericis agatur qui post concordatum, cum episcopo suo non sunt communicati.

§. CLXIV.

IV. Ultima quæstio est, si quis contra has leges nuptias contraxerit, qua pœna adficiatur? Resp. ex §. 12, *Inst. h. t. Nullitate.* Hinc nullum est matrimonium, nulli conjuges, nulla dos. Liberi quoque ex hujusmodi coitu nati non sunt legitimi, nec in patria potestate constituti,

sed spurii. Imo aliquando et pœna gravior, veluti capitalis vel ei proxima statui in hujusmodi personas potest: si e. g. incestus sit inter adscendentes et descendentes commissus, vel inter fratrem et sororem; unde hic singularum provinciarum statuta sunt consideranda.

De Legitimatione.

§. CLXV.

Alter modus redigendi liberos in patriam potestatem est legitimatio. Sed de ea plane tacent Pandectæ, quia illa inventa demum a Constantino M. adeoque post illud tempus, quo Jurisconsulti vixerunt, ex quorum scriptis Pandectæ sunt sumtæ. Objiciunt equidem alii *l. ult. ff. de adopt. et l. 57, ff. de ritu nupt.* ex quibus constare putant, etiam ante Constant. M. legitimationem fuisse in usu. Sed resp. *l. ult. ff. de adopt.* ceu ex Rubrica patet, non agere de legitimatione, sed de adoptione: *l. 57*, autem tantum comprehendere privilegium speciale, quod ad exemplum trahi non solet.

De origine et progressu legitimationis, vide D'AGUESSEAU, *Dissertation sur les Bâtards, tom. 7, p. 381.*

§. CLXVI.

Definitio legitimationis hoc §. tradita per partes erit expendenda. Est ergo legitimatio *actus*. Sunt, qui dicunt, esse actum legitimum (§. 70.). Sed hi egregie falluntur. Nam 1°. actus legitimi excogitati sunt à Jurisconsultis ex XII. Tab. *l. 2, §, 6, ff. de Orig. Jur.* At legitimatio nec ab Jurisconsultis nec ex XII Tab. est. 2°. Actus legitimi fiunt sollemniter: at legitimatio sollemnitatem plane nullam exigit. Sufficit ergo, si dicamus, legitimationem esse *actum*. Est porro actus, *quo liberi illegitimi finguntur ex justo matrimonio nati.* Fundamentum enim legitimationis est fictio. Fingit lex eos ex justo matrimonio natos, qui sunt extra matrimonium nati. Tales fictiones in jure sunt quam plurimæ. Sic e. g. in jure Postliminii fingitur ille numquam captivus fuisse,

qui ex captivitate domum rediit, §. *5, Inst. quibus modis jus patr. potest. solv.* Contra lex Cornelia fingit eum, qui in captivitate moritur, in urbe mortuum, *l. 18, ff. de captiv. et postlim.* Et hinc de fictionibus juris elegantem tract. scripsit Anton. Dadin. Alteserra, Jurisconsultus Gallus celeberrimus. Eodem ergo modo etiam lex finxit, eum in matrimonio natum, qui natus non est. Dicitur porro in definitione, *et hinc instar legitimorum rediguntur in patriam potestatem.* Habemus effectum legitimationis. Liberi extra matrimonium nati non sunt in patria potestate; imo ne intelliguntur quidem patrem habere, quia pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant. *l. 5, ff. de in jus voc.* Hinc dicuntur *liberi naturales*, quia natura quidem patrem habent, sed non jure. Ast per legitimationem rediguntur in patriam potestatem, et hinc est, quod §. 165 legitimationem diximus caussam patriæ potestatis.

§. CLXVII.

Hæc est definitio. Ex ea jam statim solvi potest quæstio, quinam liberi illegitimi legitimari queant? Sunt illi quatuor generum. 1°. Alii dicuntur *naturales liberi* vel *nothi* et barbare *Bastardi*, qui ex honesta femina, sed extra matrimonium suscepti, i. e. ex concubina. Alii dicuntur, 2°. *spurii*, qui nati ex muliere quæstuaria, i. e. ex meretrice, quæ quæstum corpore facit, unde et *vulgo quæsiti* dicuntur. Alii vocantur, 3°. *adulterini*, qui ex adulterio nati, 4°. alii *incestuosi*, qui ex incestu, i. e. ex congressu earum personarum, quæ ob cognationem vel adfinitatem in matrimonio esse nequeunt. Jam ut ad quæstionem respondeamus propositam, legitimari possunt solum *liberi naturales*, non spurii, non adulterini, non incestuosi, §. *ult. Inst. h. t. l. 10, C. de nat. lib. Nov. 117, c. 2.* Ratio est, quia legitimatio fit per fictionem. Fingunt enim leges, liberos legitimandos susceptos e matrimonio (§. 167): at vero cum omnis fictio supponat terminos habiles, nec matrimonium fingi possit cum muliere quæstuaria (§. 162), multoque minus inter adulterum et adulteram, cognatos et adfines proximos;

sequitur omnino, ut liberi hujusmodi sint incapaces legitimationis.

Vide *Cod. Nap. art. 331.*

§. CLXVIII.

Pergimus ad divisionem legitimationis. Ea, quod ad modum adtinet, triplex est: vel enim fit per *subsequens matrimonium*, vel, per *oblationem curiæ*, vel per *rescriptum principis*. Prima inventa est a Constant. M. eo fine, ut concubinatum aboleret. Hinc etiam non in futurum hunc legitimandi modum valere voluerat, sed tantum in præteritum. At postea Justinianus eum perpetuum legitimandi modum esse jusserat. *Nov. 74.* Vid. Desider. Herald. *rer. et quæst. jur. quotid. lib. I, c. 4, §. 2.* Alterum excogitavit Theodosius junior, imperator, *l. 3, C. de nat. lib.* tertium Justinianus. *Nov. 74.*

§. CLXIX.

Per *subsequens matrimonium* legitimantur filii naturales ex concubina, honesta ceteroquin femina, nati, simul ac pater concubinatum mutat in justas nuptias, et matrem horum liberorum uxorem ducit. Requiritur ergo, 1°. ut mater sit honesta ceteroquin femina, non meretrix, etc., §. *ult. Inst. h. t.* 2°. *Ut ineat legitimum matrimonium.* Tunc enim fingitur, liberos ante istud matrimonium natos *postea* demum nasci, adeoque esse legitimos. Sed quæritur, annon et 3°. requirantur dotalia instrumenta? Ea enim expresse requirere videtur imperator §. *ult. Inst. h. t.* Sed respondetur, Justiniani temporibus necessaria erant omnino, hodie autem minime; nam tempore Justiniani nullus erat ritus sollemnis nuptiarum. Confarreatio, qua veteres utebantur, itemque coemtio uxorum non amplius erant in usu. Benedictio sacerdotalis coram facie ecclesiæ nondum fuerat recepta, et sic tunc nullum fuisset signum, quo affectio maritalis erga uxorem a concubinatu distingui potuisset, præter instrumenta dotalia. Hinc legimus jam olim apud Plautum, *Trinum. act. III, scen. 2, v. 63.* Lesbonicus ado-

lescens, qui omnia sua bona abliguriverat, nolebat tamen sororem suam Lysiteli sine dote uxorem dare, addita hac ratione :

Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.

Sine dote itaque tum vix distingui poterat uxor a concubina. Et hinc non mirum, Justinianum requisivisse instrumenta dotalia. At hodie sane facile distinguuntur uxor et concubina per ἱερολογίαν ecclesiasticam, nec amplius illo signo opus est.

Codex Napoleo legitimationem per *subsequens matrimonium* admittit ; et, ut illa valeat, hoc solum exigit, ut liberi naturales a patre et matre sint agniti, vel actu authentico ante nuptias confecto, vel ipsis dotalibus instrumentis. *art. 331.*

§. CLXX.

Alter modus legitimandi est *oblatio curiæ*. Hic modus est ex antiquitatibus illustrandus. Per *curiam* hic intelliguntur magistratus municipales; in singulis enim municipiis erant senatores, qui decuriones vocabantur, iisque præerant duumviri, veluti consules. Jam hæc erant officia cum dignitate conjuncta, et præterea is ordo gaudebat jurisdictione in municipio. Nihilominus tamen ab his muneribus maxime abhorrebant homines, adeo ut Barnabas Brisson. *in Antiqu. Rom.* observarit, aliquando Christianos a gentibus supplicii caussa addictos fuisse curiæ. Ratio est, quod sumtus maximi faciendi essent a curialibus. Nam suo ~~ære edere~~ debebant spectacula, ludos, populo convivia præbere, adeo ut aliquando universum patrimonium absorberet illa dignitas. Vid. *Antiq. nost. Rom. h. t.* Quum itaque tam splendida esset curialium miseria, privilegiis variis pellectos videmus homines, ut nomina curiæ darent, inter quæ etiam fuit hoc Theodosianum, ut, si quis filium naturalem offerret curiæ, tunc statim legitimaretur, *l. 3, l. 4, l. 9, C. de nat. lib.* Enimvero cum hodie non opus sit his privilegiis, et homines

vero hujus axiomatis est, quod is, qui per naturam pater vel filius esse non posset, nec possit etiam esse per adoptionem. E. g. puer X annorum per naturam non potest esse pater, ergo nec adoptione talis potest fieri. Filius per naturam non potest major natu esse patre, ergo nec per adoptionem natu major potest natu minoris filius fieri; adoptio enim imitatur naturam. Ex hoc egregio axiomate fluunt plures insignes conclusiones, quas §§. 176 et 177 expendemus.

Quam inter adoptionem et adrogationem excogitaverant Romani differentiam, planè non servamus. Apud nos enim una sola est adoptionis species quæ in majores solùm cadit. (*Cod. Nap. art. 346.*) Habemus autem, quod Romanis ignotum, tutelam nempè officiosam, de quâ *art. 361 et seqq.*

§. CLXXVI.

Nimirum inde facile solvitur quæstio, quinam possint adoptare? Quilibet, qui possunt parentes esse et generare. An ergo 1°. castrati? Minime: et absurda est *Novella Leonis 26*, quæ et eunuchis permittit jus adoptandi; adoptio enim imitatur naturam. 2°. An impuberes? Minime: quid enim iis opus liberis, qui ipsi adhuc pueri sunt? Impuberes generare nequeunt, ergo nec adoptare; adoptio enim imitatur naturam. 3°. An feminæ? Negatur. Adoptio imitatur naturam: atqui naturales liberi non sunt in feminæ potestate, ergo nec per adoptionem fieri possunt alieni. Per privilegium tamen jus adoptandi concessum feminis in solatium liberorum amissorum, §. *10, Inst. h. t. l. 5, C. h. t.* 4°. An natu minores majorem adoptare possunt? Minime. Adoptio imitatur naturam, quumque secundum hanc non temere ante annum 18 quis pater esse possit, ante annum 36 avus: sequitur, ut adoptans adoptivum saltim plena pubertate, i. e. annis 18 præcedere debeat, si velit filium adoptare: duplici pubertate plena, i. e. annis 36 si nepotem, §. *4, Inst. h. t.* Sed cum supra dixerimus, castratum adoptare non posse, aliudque obtineat in spadone, quem adoptare posse traditur §. *9, Inst. h. t. l. 2*, §. *1, l. 40*, §. *2, ff. h. t.* quæri potest, quomodo differant spadones et eunuchi, vel cas-

trati? Resp. Spadones hìc sunt, quorum impedimentum est temporarium, veluti e morbo: eunuchi vel castrati, qui in perpetuum impediuntur ob exsectionem.

Castrati.] Jure nostro nil prohibet quominùs et castrati adoptent.

Impuberes.] Impuberes, jure nostro, vel ex eo adoptare non possunt quod minor adoptari nequit, et adoptans adoptivum filium plenâ pubertate præcedere debeat. *Ut mox.*

Feminæ.] Adoptare possunt etiam jure antiquo Romanorum. Ulp. *frag. tit. 8*, §. 5. Adde *l. 21, ff. de adopt.* idem est apud nos jure novo. *Cod. Nap. art. 343.*

Annis 18 præcedere debeat.] Quindecim. *Cod. Nap. art. 343.*

Si nepotem.] Jure Romano, non solùm in locum filii poterat adoptari, sed et in locum nepotis. Jura nostra autem, non permittunt ut quis loco nepotis adoptet; quoties enim de adoptione loquuntur, intelligunt de adoptione in locum filii.

§. CLXXVII.

Vidimus etiam (§. 175.), in definitione hunc exprimi adoptionis finem, in solatium eorum, qui liberos non habent, inventam esse adoptionem: quod nobis novum dat axioma, unde tres conclusiones fluunt. 1°. Quod adoptare ordinarie nequeant, qui nondum sunt annorum 60. *l. 17*, §. *2*, *Inst. h. t.* 2°. Quod nec iis facile permittatur adoptare, quibus jam sunt liberi naturales, *l. 17*, §. *3*, *ff. eod.* 3°. Quod, si quis in locum nepotis adoptare velit, filii consensus requiratur, *l. 5*, *l. 6*, *ff. h. t.* Postremæ conclusionis ratio in promptu est. Nam nepos mortuo avo recidit in potestatem patris, adeoque, si pater meus adoptat nepotem, tunc patre meo mortuo is adoptivus fit filius meus: si filius, erit etiam heres. Sic heres mihi invito obtrudetur. Quod cum principia juris Romani non ferant, omnino dicendum, filii consensum requiri in adoptione nepotis. At de prioribus 2 conclusionibus res est paullo difficilior. Nam v. c. Henr. Bernard. Reinold *in Variis c. 42, p. 307*, pluribus principum exemplis docuit, sæpe et minores 60 annis adoptasse, sæpe et illos, qui jam liberos haberent, alios adoptione quæsivisse; sed res nihilominus salva est. Nam (*a*) leges allegatæ claræ satis sunt et perspicuæ. (*b*) Quod principibus licuit, non

ideo statim concessum fuit privatis. (c) Perizon. *animadv. hist. c. 3, p. 125*, docuit, ne in principibus quidem hujusmodi adoptiones reprehensione populi caruisse : an æquiore animo eum tulisse dixerimus adoptiones privatorum, si contra has leges fierent? (d) Ex Cicer. *orat. pro domo c. 13* patet, Ciceronem ideo impugnasse adoptionem P. Clodii, quod pater ejus adoptivus jam liberos naturales haberet, eamque ideo vocat fictam et simulatam. Quo jure et qua fronte id dicere potuisset Cicero, si licuisset ordinarie adoptare iis, qui jam erant parentes? Maneat ergo hoc fixum et firmum, adoptionem ordinarie non concessam vel minoribus LX annis vel iis, qui jam liberos procrearant. Quæ vero extra ordinem aliquando facta, ea tamquam privilegia ad exemplum non trahuntur.

Qui nondum sunt annorum 60.] Sufficit si 50 habeant. *Cod. Nap. art. 343.*

Quibus jam sunt liberi naturales.] Id est legitimi. (*Dict. art. 343.*) Ita enim naturales dicuntur, cum opponuntur adoptivis.

Non reprehensione populi caruisse.] « Divus Augustus, *amissis liberis, nepotibus, exhausta Cæsarum turba*, adoptione » desertam domum fulsit ». *Senec. Consol. ad Marc. XV.* Ex quo patet, principibus, quemadmodum privatis, datam fuisse adoptionem, ad molliendum naturæ defectum vel infortunium.

§. CLXXVIII.

Hactenus adoptionem accepimus in sensu latiore. Et in hoc sensu duplex est, vel *arrogatio*, vel *adoptio strictius accepta* (v. §. 175.) Differunt hæ species bifariam :

1°. *Subjecto.* Nam arrogantur homines sui juris in nullius potestate patria constituti : adoptantur filiifamilias, adeoque homines alieno juri subjecti.

2°. *Forma vel modo.* Nam arrogatio fit beneficio principis per ejus rescriptum : adoptio imperio magistratus, quo præsente si pater declaret, se hunc filium alteri in adoptionem dare, et adoptans contra, se illum filii loco habere velle, res transacta est. De arrogatione agimus §. 179-182, de adoptione §. 183-186.

§. CLXXIX.

Inde itaque facile intelligetur *arrogationis* definitio. Arrogatio est, *actus quo homo sui juris auctoritate summi imperantis in patriam alterius potestatem redigitur*. Ast quæritur hic præcipue, cur, quum olim populus in comitiis calatis de arrogationibus statuere deberet, et quidem auctoritate pontificum, postea princeps sibi id jus arrogaverit? Sane olim arrogatio fiebat in comitiis. Pater arrogans ibidem declarabat, se hunc sibi velle filium esse. Interrogabatur filius, an auctor fieret et in hanc arrogationem consentiret? Si adfirmaret, porro ex pontificibus quærebatur, an id fieri paterentur, ut hic homo sui juris in sacra alterius et potestatem redigeretur? His quoque consentientibus magistratus recitabat formulam sollemnem : *Velitis, jubeatis, Quirites, ut hic...... sit lege et jure L. Titii filius, æque ac si ex eo ejusque matrefamilias esset natus*? Tum porro populus mittebatur in suffragia, et si plura suffragia in id conspirarent, tunc arrogatio pro perfecta habebatur. Quem ritum satis prolixe explicavimus *in Antiq. nost. h. t.* Jam si ergo olim penes populum et pontifices fuit arrogationis arbitrium, quo jure id postea principes sibi vindicarunt? Resp. 1°. Quia populus omne jus ei et in eum transtulit Lege Regia, §. *6, Inst. h. t.* 2°. Quia principes simul erant pontifices maximi, ut luculenter docuit Andr. Bosius *de pontific. max. imp. Rom.* qui liber a Ge. Grævio primum separatim recusus, et postea *thesauro Antiqu. Rom.* insertus est. Quum itaque principes et populi et pontificum jura ad se solos traxissent nullo adversante, non mirum sane est, eosdem arrogationibus suam interposuisse auctoritatem.

§. CLXXX.

Jam quæritur, quænam sit arrogationis natura? Vidimus in definitione, per eam ex homine sui juris fieri aliquem hominem alieno juri subjectum. Inde sequitur, eam esse speciem capitis deminutionis; et quidem minimæ. Quum autem nemini invito jura sua adimi possent; recte

inde collegerant veteres : 1°. consensum filii arrogandi requiri. Auctor fieri debet arrogandus, et hinc interrogandus est primum, an patiatur hoc fieri, *l. 11, ff. de his, qui sui, etc.* 2°. Sequebatur porro, liberos et bona arrogati transire in potestatem et dominium arrogatoris. Nam in cujus potestate est persona principalis, in ejus etiam sunt omnia accessoria, adeoque et liberi et bona arrogati transeunt tamquam accessoria in potestatem arrogatoris. Hinc veteres arrogationem vocarunt modum adquirendi universalem. *Vid. Inst. §. 1, de adquis. per arrog.* quia arrogator cum arrogato omnia ejus bona, juraque adquirebat, præterquam quæ capitis deminutione tollebantur. 3°. Sequebatur, impuberem arrogari non potuisse. Quum enim non sit tantum ejus animi judicium, ut sciret, quid ei expediret, adeoque nec consentire vel auctor fieri posset, nec poterat profecto arrogari. *Posses objicere*, tutorem potuisse auctoritatem interponere. Ast resp. *tutela est vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit.* Potest ergo pupillum tutor tueri, non autem eum in arrogationem dare, quod sane potestatem tutoris excedit. Enim vero cum olim pupillus absolute arrogari non posset, Antonius Pius imp. hoc quidem indulsit, sed hanc tamen arrogationem impuberum tot circumscripsit limitationibus, ut non facile quemquam repertum iri existimem, qui his legibus arrogare velit. Videbimus eas conditiones.

§. CLXXXI.

Antonius Pius nimirum requirit 1°. *consensum propinquorum.* Horum enim maxime interest. Nam quia mortuo impubere certi forent ejus heredes, quod impubes testamentum condere nequit, hinc æquum putavit imperator, iis jus succedendi quæsitum non invitis auferri. Jussit itaque eorum consensum adhiberi. 2°. *Auctoritatem tutorum*, quia ad supplendum defectum judicii in pupillo opus est hac auctoritate, maxime ubi periculum læsionis imminet, uti in arrogatione. 3°. *Cognitionem caussæ.* Debet enim magistratus inquirere, an ex bono animo arrogare velit? an justa arrogandi caussa? an arrogator

jam liberos habeat nec ne? an hæc arrogatio pupillo expediat? etc. 4°. *Fidejussionem* vel *satisdationem*, qua caveatur (*a*) *propinquis*, quod mortuo intra pubertatis annos arrogato bona ejus omnia illis restituturus sit: (*b*) *ipsi pupillo*, quod, si eum sit emancipaturus vel exheredaturus, ei velit restituere non modo bona, quæ ad patrem attulerat, verum etiam quartam bonorum suorum, §. *3*, *Inst. h. t.* De hac quarta maxime quæstio oritur, utrum intelligenda sit quarta omnium bonorum, an quarta portionis legitimæ? Nam si verba de omnibus bonis intelligenda videntur, sic melior conditio erit arrogatorum quam naturalium liberorum, qui non nisi portionem legitimam ex bonis paternis possunt prætendere. Quid ergo statuendum? Resp. Omnium bonorum quarta intelligenda, (α) quia ita expresse dicitur, §. *3*, *Inst. h. t. l. 2*, *C. de adopt. l. ult. ff. si quid in fraud. cred.* (β) quia quarta hæc non petitur querela inofficiosi, uti portio legitima, sed potius judicio familiæ erciscundæ, *l. 8*, §. *15*, *ff. de inoff. Test. l. 2*, §. *1*. *Fam. ercisc.* Atque ita melior erit conditio arrogatorum liberorum, quam ipsorum naturalium? Resp. Non erit. Nam cum supra dixerimus, arrogare non posse ordinarie, qui liberos naturales habet, facile patet, nec iis præjudicium inferri posse, si vel maxime arrogatus accipiat quartam omnium bonorum. Ita optime rem exposuit Vinnius in *comment. ad Inst. h. t.*

§. CLXXXII.

Jam de arrogationis *effectibus*. De istis regula: *Eodem jure gaudent arrogati, quo ipsi naturales*. Nam rediguntur in patriam potestatem. Hinc 1°. adsumunt nomen arrogatoris, sed tamen apud Romanos et suum retinebant leviter inflexum. Sic cum Augustus ante adoptionem vocaretur Octavius, postea dici cœpit Julius Cæsar Octavianus. Sic quoque P. Æmilius post adoptionem a Scipione factam dictus P. Cornelius Scipio Æmilianus. 2°. Arrogatus a nobili fiebat nobilis; a plebeio, plebeius: quod hodie cessat, quia nobilitas non est in arbitrio privatorum, sed a summa potestate in præmium virtutis conceditur. Sed 3°. id singulare et probe observandum, quod arro-

gatio quidem tribueret jura agnationis, non autem jura sanguinis vel cognationis, *l. 23, ff. h. t.* Id est, arrogatus quidem fiebat propinquus patri arroganti, omnibusque, qui ex ejus familia erant, non autem uxori arrogatoris, vel familiæ. Hinc uxor arrogatoris non erat ipsi mater, ejus frater non erat ipsi avunculus, ejus soror non fiebat arrogati matertera. Contra arrogator fiebat pater, arrogatoris frater patruus, ejus soror fiebat amita, etc. Inde sequebatur demum 4°. Ut arrogatus et patri arrogatori succederet et omnibus ejus propinquis tanquam agnatus: non autem matri, non matris propinquis, §. 2, *Inst. de legit. agn. success.* Hæc de arrogatione: proximum est, ut de adoptione stricte dicta agamus.

§. CLXXXIII.

Hactenus de arrogatione: jam de *adoptione* proprie sic dicta, quam ita *definimus*. Adoptio est actio legis, qua liberos, qui in parentum potestate sunt, adoptamus imperio magistratus. Dicimus 1°. *actionem legis.* Supra enim (§. LXIX.) vidimus, actiones legis vocari, quæ (α) coram certo magistratu, (β) sollemni ritu et formula, (γ) sine procuratore, conditione et die erant explicandæ. Talis vero erat adoptio. Nec enim privatim fieri poterat, sed coram magistratu, apud quem legis erat actio, quales erant consules, proconsules, prætores, præsides provinciarum. Explicanda etiam erat sollemni ritu et formula. Nam filius a patre alteri adoptanti ter vendebatur per æs et libram seu mancipationem, et emtor utebatur formula, *hunc ego hominem meum esse aio, est enim mihi emtus hoc ære, hac æneaque libra.* Vid. *Antiqu. Rom. nost. h. t.* Ita et paullo post videbimus, adoptionem nec per procuratorem fieri potuisse, nec sub conditione, nec in diem. Adeoque cum omnia adsint requisita actionum legis, adoptio recte ita definitur. Addimus, *qua liberos, qui in parentum potestate sunt, adoptamus imperio magistratus;* quibus verbis adoptio ab arrogatione discernitur. Hac enim, ut supra vidimus, adoptantur homines sui juris, vel patresfamilias: adoptione contra filiifamilias. Deinde arrogatio fit imperio principis: adoptio

imperio magistratus, et quidem cujusvis, quamvis non sit competens, quia est actus voluntariæ jurisdictionis.

Nil ad paragraphos præcedentes notavimus, quia de adrogatione tantùm tractant, quæ, ut diximus in notâ ad §. 175, juris nostri non est.

§. CLXXXIV.

Ex hac ergo definitione facile responderi potest ad *quæstiones :* 1°. qui adoptentur? 2°. quomodo adoptio fiat? 3°. quis ejus effectus sit? *Ad primam* quæstionem quod adtinet, quinam adoptentur, ex definitione respondemus: *liberi, qui in potestate parentum sunt.* Ex quo colligimus, 1°. *patris consensum sufficere.* In arrogatione aliter se res habet, ubi et arrogandus debet consentire et auctor fieri. (§. 180.) Hic autem perinde est, sive filio placeat adoptio, sive displiceat, modo pater, cujus in potestate est, consentiat, *l. 5, ff. h. t.* Ratio hæc est. Filius in patria potestate constitutus a patre ter poterat venundari (§. 138), adoptio autem nihil aliud erat, quam trina venundatio imaginaria, ut superiore §. docuimus. Quemadmodum itaque in venditione non requirebatur filii consensus, ita nec in adoptione. 2°. *Infantes etiam in adoptionem dari et adoptari posse, l. 42, h. t.* Arrogari non poterant impuberes, nisi multis adhibitis cautionibus, de quibus §. 181 actum: adoptari vero possunt etiam infantes. Cur? quia modo vidimus, eorum consensum non requiri in adoptione. Poterat pater et infantem sanguinolentum venundare, *l. 2, C. de patr. qui fil. distrax.* ergo et infantem in adoptionem dari nihil prohibebat. 3°. *Adoptari non posse liberos ex concubina natos, l. 7, C. de nat. lib.* Quia enim adoptantur liberi in potestate constituti, secundum definitionem nostram §. antecedente expositam, liberi autem extra matrimonium ex concubina nati non sunt in patria potestate, quippe quæ tantum ex justis nuptiis nascitur (§. 144): facile patet, liberos naturales vel ex concubina natos adoptari non posse.

Patris consensum sufficere.] Cùm jure nostro adoptari non possint, nisi qui sui juris majorennitate sunt effecti (art. 346);

jam indè patet, cur eodem jure, non modò adoptans sed et adoptandus consentire mutuò debeant. *art. 353.*

Liberos ex concubina natos.] Usu fori nostri invaluisse videtur, ut etiam adoptari possint extrà matrimonium nati liberi. Vide Journal du Palais, 2e *semest. an XII, no 224, art. 205 et 206; 2e semest. 1807, no 456, art. 10.*

§. CLXXXV.

Deinde (II.) *quæritur, quomodo fiat adoptio?* Resp. ex definitione, 1°. eam fieri debere imperio magistratus, apud quem erat legis actio, quam jam §. 183 explicavimus. 2°. Eam nec ad tempus, nec per tabulas seu epistolam, nec sine sollemni juris ordine fieri posse. Nam hoc natura legis actionum requirit. Nec diem illæ admittunt, nec procuratorem, sed a quolibet in propria persona sunt explicandæ. Ritum antiquum supra vidimus: hodie illis ambagibus et venditionibus non amplius opus est. Sufficit enim, (*a*) si pater naturalis et adoptivus adeant judicem quemcumque, quamvis non sit competens; (*b*) si declarent coram eo, se velle in adoptionem dare et adoptare hunc puerum, (*c*) rogentque, ut hoc in acta referatur. Eo enim actu totum negotium perfectum habetur. Sustulit enim Justinianus veterem ritum, et hunc novum introduxit *l. ult. C. de adopt.*

Quomodo adoptio fiat.] De adoptionis formâ, vide *Cod. Nap. art. 353—360.*

§. CLXXXVI.

Superest (III.) quæstio, *quis sit hujus adoptionis effectus?* Hic vero sciendum, jus vetus et novum hac in re maximè differre. *Jure vetere* adoptionis et arrogationis effectus erat unus idemque, nempe patria potestas. Hinc Caius et Lucius, Cæsares, quos Augustus adoptaverat, non minus erant ejus filii, quam Tiberius, quem postea arrogabat. Adoptio enim omnis erat modus adquirendi patriam potestatem, *l. 23, pr. l. 37, §. 1, ff. de adopt.* At *Jus novum* a Justiniano in *l. pen. C. h. t.* invectum rem plane mutavit. Hinc enim imperator distinguere nos jubet, utrum adoptio facta sit ab aliquo adscendentium,

veluti ab avo materno, an ab extraneo? Si quis adscendentium adoptat, ille adquirit patriam potestatem; et hinc est, quod hæc adscendentium adoptio a doctoribus *plena* et *perfecta* dicitur. Sin extraneos adoptat, patria potestas non transfertur ad adoptantem, sed penes patrem naturalem manet, adeoque adoptivus hoc casu magis *alumnus* fit, quam filius; unde et *imperfectam* vel *minus plenam* hanc adoptionem vocant doctores. Existimare quis posset, ita nullum esse adoptionis minus plenæ vel imperfectæ effectum, quia ea non adquiratur patria potestas. Sed respondetur, illam non omnino carere effectu. Nam adoptivus, quamvis non fiat filiusfamilias, ei tamen tamquam filius succedit ab intestato, §. 2, *Inst. h. t.* Dico, *ab intestato.* Nam nihil prohibet, quo minus adoptans, condito testamento, eum prætereat, et a sperata hereditate excludat. Regula enim, quod liberi sint aut instituendi aut exheredandi, tantum ad suos vel in potestate constitutos pertinet, non ad extraneos, quorum in numero etiam est imperfecte adoptatus. Unde et id singulare est, quod, cum alias jura successionis sint reciproca, id hic non observetur: adoptivus enim hic succedit patri ab intestato, sed non adoptans adoptivo succedit. Quia enim hic in potestate patris naturalis manet, hic in filii sui hereditate adoptanti præfertur.

Quis sit adoptionis effectus.] Adoptio non jus sanguinis affert. *L. 23, ff. de adoptionibus.* Tamen verò in plurimis causis assimilatur is qui adoptatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. *Inst.* §. *8, de adopt.* Hinc adoptatus nomen adoptantis absumit. *Cod. Nap. art. 347.* Adoptanti succedit, *art. 350*, ei alimenta debet, et ab eo alimenta exigere potest, *art. 349*, filiam adoptantis ducere uxorem prohibetur, *art. 348.*

§. CLXXXVII.

Subjicimus quædam *de usu hujus doctrinæ hodierno*, adeoque quæritur, *an adoptiones etiamnum usu receptæ sint?* Sunt Jurisconsulti in Belgio celeberrimi, qui id negant, veluti *Gudelinus*, qui de *jure novissimo* ad novellas scripsit, et *Arnoldus Vinnius in Comment. ad Inst. sub fin.* Sed errare illos experientia docet. Multa

et exstiterunt et exstant in Germania adoptionis exempla, qualia a Strychio et Culpisio in singulari dissert. collecta sunt. Nec desunt exempla in ipso Belgio, imo et in Frisia, uti Huberus *in prælect. ad Inst. h. t.* §. 14. docuit. Nec dubium est, quin omnes effectus et hodie locum habeant. Negandum tamen non est, rariores in his regionibus esse adoptiones, quam apud Romanos, quia rarius in climate frigidiore steriles sunt feminæ, quam in calidiore Italia, ubi plerumque mares, antequam ineant matrimonium, festinata Venere, vires procreandi sobolem deterere solent.

§. CLXXXVIII.

In usu quoque est apud Germanos *Unio prolium*, quam plerumque doctores pro adoptionis specie venditant. Dispicimus itaque, 1°. quid sit, et 2°. an cum adoptione quidquam commune habeat? 1°. Unio prolium locum habet, quando viduus, qui jam liberos e priore matrimonio habet, viduam *itidem diversorum liberorum matrem* uxorem ducit. Tum enim sæpe parentes pactum ineunt, ut hi liberi privigni cum iis, qui in posterum prodierint in lucem, æquo jure utrique parenti succedant. Id vero pactum fieri debet (*a*) coram magistratu competente, (*b*) prævia caussæ cognitione, ne forte una pars liberorum lædatur, (*c*) constitutis liberorum curatoribus, eorumque adhibito consensu. Exstat Rickii, Jurisconsulti, *tractatus de unione prolium*, ubi plura hanc in rem occurrunt. Jam ergo 2°. facile intelligitur, an hæc unio prolium sit adoptioni similis? Negamus vero, eam quidquam cum hac commune habere. Nam non est modus adquirendi patriam potestatem. Vitricus ideo non fit pater privignorum, nec ullam in eos potestatem exercet. Est ergo tantum pactum successorium. Talia jure Romano erant prohibita, uti infra Lib. II, Tit. X, dicemus, apud gentes autem originis Germanicæ sunt frequentissima.

TITULUS XII.

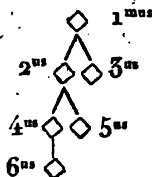
Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur.

§. CLXXXIX et CXC.

Quia opposita juxta se posita eo rectius intelliguntur, hinc recte; postquam de modis adquirendi patriam potestatem actum, etiam agitur de modis, quibus ea solvitur, vel finitur. Modos illos derivamus ex uno principio: *Quibuscumque modis dominium Quiritarium desinit, iisdem et jus patriæ potestatis solvitur.* Illud demonstramus hunc in modum. Patria potestas erat dominium in liberos (§. 136); quumque nulli sint homines, qui tali potestate utantur in liberos, quali utebantur Romani, §. *2, Inst. de patr. potest.* erat dominium civibus Romanis proprium, adeoque Quiritarium. Ergo quibus modis solvitur dominium Quiritarium, iisdem *et patria* potestas solvitur.

§. CXCI.

Videbimus ergo jam modos singulos, qui ex hoc principio fluunt. Talis est (I.) *mors naturalis.* Mortuus non amplius est in mundo, non potest ergo quidquam habere proprii. Mors omnia solvit. Distinguendum tamen est inter liberos primi et ulteriorum graduum. Primi gradus liberi morte patris statim liberantur patria potestate: ulteriorum graduum non liberantur, si aliquis supersit, in cujus potestatem possint recidere. E. g. Moritur pri-



mus relictis duobus filiis, secundo et tertio, ex secundo duobus nepotibus, quarto et quinto, ex quarto pronepote, sexto. Jam hi omnes in primi potestate erant tempore mortis, moriente ergo illo, secundus et tertius patria potestate liberantur, quia sunt primi gradus: quartus, quintus, sextus non liberantur, quia sunt ulteriorum graduum, sed recidunt in potestatem secundi. Fingamus jam et secundum mori, tunc sane quartus et quintus exibunt e patria potestate, utpote primi gradus, sextus in quarti potestatem recidet, non prius liberandus quam quarto mortuo. (II.) *Mors civilis.* i. e. capitis deminutio maxima et media, quæ morti æquiparatur, *l. 209, ff. de Reg. Jur.* Per maximam enim quis fiebat servus, per mediam peregrinus. Atqui nec servus nec peregrinus poterat aliquem habere in potestate, ergo illa his capitis deminutionibus solvebatur. (III.) Etiam minima capitis deminutione solvi dicitur patria potestas, *per adoptionem plenam*, si adscendens descendentem adoptat, et per *emancipationem*, si quis filium suum e potestate sua dimittit. Sed prior modus magis transfert patriam potestatem quam solvit: posterior proprie eam solvit; sed de ea paullo post.

§. CXCII.

Vidimus, patriam potestatem solvi media capitis deminutione, qua civitatis jura amittuntur; id quod jure Romano fit per aquæ et ignis interdictionem, deportationem vel exilium. Sic in exilium a P. Clodio actus Cicero omnia jura civitatis amisit et peregrinus factus est, adeoque et patriam potestatem juris Romani non amplius exercuit in filium et filiam, donec suffragiis populi restitueretur. Quæritur itaque, an et *relegatio* solverit patriam potestatem? Id vero negandum. Inter exilium enim et relegationem multum interest. Illud jura civitatis adimit et exulem redigit ad peregrinitatem; hæc quidem jus in urbe commorandi adimit, sed salvo jure civitatis. Sic e. g. Ovidius ab Augusto ob delictum, nescio quod, relegatus fuerat in Pontum, sed non ideo desinebat esse civis Romanus; unde ipse exilium et relegationem accurate distinguit, sibique gratulatur, quod non

exsulem eum fecerit, sed tantum relegarit imperator, *lib. V. Trist. Eleg. 2.*

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.............................

Quum itaque per relegationem jura Quiritium non adimerentur, ea nec dominium juris Quiritium tollebatur, adeoque nec patria potestas solvebatur relegatione, id q. e. d. Ex eodem patet, nec per *dignitatem* sublatum esse jus patriæ potestatis. Hinc sive consul esset filius, sive prætor, sive sacerdos, manebat tamen filiusfamilias, et ratione officii quidem pro patrefamilias habebatur, sed domi erat in potestate patris, et quidquid adquirebat, patri adquirebat. Luculenter id docet Dionys. Halicarnass. *lib. II, Antiq. Rom.* ubi refert, sæpe filios magistratum gerentes, et cum plausu publice concionantes, e rostris detractos fuisse a patribus, et per servos verberibus adfectos, si quid turbarum in rep. dare viderentur. Manebat lege fixum et firmum, non solvi potestatem patris filii dignitate.

§. CXCIII.

Sed et hæc mutavit Justinianus, qui ob aliquot dignitates patriam potestatem finiri voluit. Et 1°. initio quidem id privilegium concessit *patriciis l. ult. C. de Consul.* Per patricios autem hic non intelliguntur, qui ex gente patricia nati, uti olim id discrimen observatum Romæ novimus a tempore Romuli: sed a temporibus Constantini M. ita vocari solebant *primarii principis administri,* quibus imperatores tamquam patribus utebantur, et quales superiore sæculo in Gallia fuere Cardinales Richelieu et Mazarin. Hos, si filiifamilias essent, patria potestate liberavit Justinianus, absurdum esse ratus, eum privati potestati subesse, quem ipse princeps pro patre habeat. 2°. Quemadmodum autem fieri solet, ut honor uni habitus mox ab aliis ambiatur, ita paullo post simile privilegium impetrarunt episcopi, tamquam spirituales patres, *Nov. 18, c. 3,* nec

non consules, præfecti prætorio, præfecti urbi, magistri militum et patroni fisci, *Nov. 81, c. 1*, juncta *l. ult. de decur.* Quæri potest, an hoc privilegium et beneficium dici potuerit, si quis patria potestate liberaretur? Videri posset, quod non : quia filiifamilias parenti ab intestato succedebant, non autem emancipati, et hinc potius onus erat quam beneficium, potestate patria liberari. Sed respondetur, omnino id fuisse beneficium. Nam (*a*) ita fiebat, ut, quidquid adquirerent, non patri sed sibi adquirerent, quum alias filius adquirat patri. (*b*) Justinianus dicta *lege ult. C. de consul. et Nov. 81, c. 2*, iis expresse reservaverat jura familiæ. Ergo, quamvis patria potestate excederent, nihilominus tamen retinebant jus succedendi. Itaque in favorabilibus manebant jura familiæ; in odiosis illa cessabant.

§. CXCIV.

Diximus §. *191*, *emancipatione* etiam tolli patriam potestatem. De ea igitur jam agitur paullo prolixius. *Mancipare* Romanis erat vendere aliquid per æs et libram, adhibitis nempe 5 testibus civibus Romanis, antestato et libripende. Ergo et *emancipare* liberos nihil aliud est, quam liberos per sollemnem hujusmodi venditionem triplicem ex potestate sua dimittere. Quotiescumque ergo pater sponte filium e potestate sua hoc ritu dimittebat, toties dicebatur emancipare. Et sane id principio nostro (§. 190.) quam maxime est consentaneum. Quemadmodum alias res in dominio nostro constitutas per venditionem possumus abdicare, ita et liberos. Est tamen hæc emancipatio triplex, *vetus*, quæ est ex XII Tabb. derivata; *Anastasiana*, inventa ab Anastasio, imperatore, *l. 5, C. de emancip. lib.*; et *Justinianea*, quam Justinianus introduxit, *l. ult. C. de emanc. lib.* Jam de singulis seorsim.

§. CXCV.

Prima est *vetus*, qua pater præsentibus 5 testibus libripende et antestato vendebat filium ter, et toties tamquam servum manumittebat. Nimirum primo pater fi-

lium alteri præsentibus 5 testibus vendebat, emtorque nummo in libram injecto dicebat, *hunc hominem jure Quiritium meum esse aio, est enim mihi emtus hoc ære, hac æneaque libra.* Eo facto antestatus tangebat 5 testium auriculas, eosque monebat, ut memores essent hujus venditionis. Hinc porro filius ita venditus tamquam servus manumittebatur. His peractis iterum eodem modo vendebatur et manumittebatur, idemque et tertium repetebatur iisdem ritibus. Et tunc ter venditus totiesque manumissus filius erat sui juris. Rationem hujus ritus ex XII Tabb. dixi arcessendam. Illis enim cautum fuerat, ut pater posset ter filium venundare. (§. 138.) 2°. Ergo ter venundatus in speciem et ter manumissus patria potestate exibat. Observandum adhuc, filias quoque et nepotes emancipari potuisse, sed in illarum et horum emancipatione semel tantum factam esse venditionem. Ceterum iste ritus duravit usque ad tempora Anastasii, imperatoris, quibus temporibus exspiravit.

§. CXCVI.

Tunc enim novus invaluit emancipandi modus, quia Anastasius imp. *l. 5, C. de emanc. lib.* sanxerat, ut si pater liberos emancipare vellet, is tantum rescriptum a principe impetraret, eaque emancipatio ejusdem esset effectus ac illa vetus per venditiones imaginarias facta. Hic ergo requirebantur 1°. litteræ supplices, principi a patre offerendæ, 2°. rescriptum principis, quo filium pro emancipato declararet. Sed et hoc non parum videbatur molestum. Nam si quis e. g. civis in Africa habitans vellet filium emancipare, is litteras supplices Constantinopolin tenebatur mittere et ibi impetrare rescriptum; id quod fieri non poterat sine magno temporis et pecuniarum dispendio. Visum ergo est Justiniano et hoc emendare, et invenire modum emancipandi longe facillimum. de quo §. seq. agitur. Ejus materiæ sedes est in *l. ult. C. de emanc. liber.*

§. CXCVII.

§. CXCVII.

Nimirum *Justinianea emancipatio* fit, non coram principe, sed coram judice, et quidem non coram judice competente, sed coram quocumque, quia est actus voluntariæ jurisdictionis. Requiritur itaque, 1°. ut adeatur judex qualiscumque sive die feriato sive judiciali, sive pro tribunali sedeat judex, sive domi sit. Nam actus voluntariæ jurisdictionis, quia nec citationem nec caussæ cognitionem requirunt, et diebus feriatis et extra judicium possunt explicari, *l. 2, l. 8, C. de feriis*, §. 2, *Inst. de libertinis*. 2°. Ut et filius adsit et consentiat. Hodie enim emancipari non potest invitus, sed consentiens, *l. 5, C. de emanc. lib. Nov. 89, c. 11*. 3°. Ut declaret pater, se hunc filium velle e patria potestate dimittere, et filius declaret, sibi hanc voluntatem patris placere. 4°. Ut judex hæc referat in acta, vel, uti hodie loquuntur, ut inscribat Protocollo. Eo enim facto statim perfecta censetur emancipatio, per *l. ult. C. de emanc. lib.*

§. CXCVIII.

Quæritur autem, an et invitus pater ad emancipandum cogi possit? Id ordinarie negatur ex eodem nostro principio (§. 190.). Patria enim potestas est dominium in liberos. Quemadmodum ergo invitus nemo cogitur ad alienandum et abdicandum dominium suum : ita et pater cogi non potest ad emancipandos liberos in potestate sua constitutos. Sed in §. *ult. Inst. h. t.* dicitur, *pater nullo pene modo cogitur*; non dicitur absolute, eum cogi non posse, sed nullo pene modo cogi posse : ex quo patet, esse quasdam ab hac regula exceptiones, i. e. quosdam casus, quibus et invitus pater cogitur emancipare liberos. Eos videbimus. Doctores plures numerant, eosque memoriæ caussa his versiculis includunt :

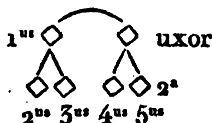
(*a*) Si genitor sævus sit, (*b*) prostituatque pudorem
Natæ, (*c*) aut pupillo forsan damnosus adoptet :
(*d*) Legatum aut (*e*) nummos capiat si hac conditione,
Invito solvi poterit genitore potestas.

Sed nos in nota huic §. subjuncta notavimus, aliquos horum casuum falsos esse, et tres tantum caussas esse, ex quibus pater cogi possit ad emancipationem. Earum prima est, si pater filiæ pudorem prostituat, i. e. si pater agat lenonem, et filiam cogat, ut quæstum turpissimum corpore faciat. Quum enim hujusmodi nebulo non dignus sit nomine patrio, leges etiam illum cogunt, ut filiam e potestate sua dimittat, *l. 12, C. de episc. audient. l. 6, C. de spectat.* 2°. Si pater exponat vel exponi patiatur infantem, tunc, si infans iste ab alio nutriatur et educetur, pater tam ἄστοργος non gaudet ulla potestate in illum, adeoque nec ejus heres erit, si vel immensas divitias adquisiverit expositius, *l. 2, C. de inf. exposit.* 3°. Si pater incestas nuptias contraxerit, e. g. si materteram, amitam, socrûs sororem, uxorem duxerit; tunc enim liberi ex superiore matrimonio superstites ex ejus potestate liberantur, etiam invito patre, *Nov. 12, c. 2.* Reliqui casus a doctoribus additi in legibus, ut jam præmonui, et in nota * demonstravi, nullum reperiunt fundamentum.

§. CXCIX et CC.

His ultimis paragraphis more et ex instituto nostro de usu hodierno hujus tituli sumus solliciti, et hinc observamus, morte quidem etiamnum solvi patriam potestatem, sed 1°. emancipationem veterem et Anastasianam ab usu recessisse. Faciliore enim introducto modo nemo hodie erit tam stolidus, ut difficiliore et cum multis sumtibus conjuncto uti malit. 2°. Justinianeam adhuc receptam esse, sed paullo rariorem. Adhuc tamen frequentatur illa in emporiis, quoties filii mercatorum singularem auspicantur negotiationem: tunc enim, ne homines vereantur cum filiofamilias contrahere, emancipare pater solet filium mercatorem futurum in curia. 3°. Plerisque locis hodie liberos per nuptias et separatam œconomiam tacite exire patria potestate. Dico, *per nuptias et separatam œcononiam*, idque intelligendum conjunctim in filio: in filia autem solæ nuptiæ sufficiunt, quippe per quas filia statim transit in aliam familiam, quæ omnia jure Rom. secus se habebant. 4°. Jure Lubecensi

et Westphalico obtinere separationem liberorum. Si enim pater viduus transit ad secundas nuptias, tunc liberos prioris matrimonii a se separat, iisque adsignat portionem bonorum suorum. Eo facto liberi separati contenti esse tenentur iis bonis, nec cum liberis secundi matrimonii hereditatem patris cernunt. E. g. fingamus, primum ex



matrimonio priore suscepisse duos liberos, secundum et tertium, et hinc ad secunda vota transire. Liberis his adsignat partem dimidiam bonorum, quæ tunc exstant 10000, ergo tunc liberi separati accipiebant 5000. Postea ex secunda uxore procreat itidem duos liberos, quartum et quintum, et moriens relinquit 100000. Tunc totam hanc substantiam capiunt liberi duo posterioris matrimonii: priores tamquam separati contenti esse debent portione sibi adsignata. At si contra contingat, ut pater prioribus adsignarit 50000, et deinde ante mortem bonis lapsus nihil reliquerit, tunc nec posterioris matrimonii liberi quidquam ab illis repetere possunt.

Jure Codicis nostri, patria potestas finitur majorennitate filii aut ejus emancipatione, *art. 372*: emancipatio autem vel matrimonio fit, ipso jure, *art. 476*; vel patris declaratione coram judice pacis ritè factâ, *art. 477*.

TITULUS XIII.

De Tutelis.

§. CCI.

SUCCEDIT ultima hominum divisio, seu subdivisio potius. Prima erat, quod homines sint vel liberi, vel servi; liberi vel ingenui vel libertini: et de hac divisione prima actum a tit. II,

usque ad VII. Deinde homines alii erant vel *sui juris*, vel *alieno juri subjecti*. Qui alieno juri subjecti erant, vel in *dominica potestate*, de qua actum tit. VIII, vel in *patria potestate*, de qua a tit. IX, usque ad tit. XII. Jam porro *homines sui juris* vel sunt in *tutela*, vel *in curatione*, vel *neutro jure* tenentur. Hinc jam sequitur materia elegans et vere practica, de *tutela et curatela*. Et quidem consideratur, 1°. quid sit tutela? Tit. XIII. 2°. Quotuplex sit? Tit. XIV-XX. 3°. Quod sit tutorum officium? Tit. XXI. 4°. Quid curatela? Tit. XXII. 5°. Quomodo tutela et curatela finiatur, Tit. XXIII, usque ad finem hujus libri.

§. CCII.

I. Quid sit tutela? Tit. XIII. *Tutela* est juris naturæ et gentium. Interest enim reipublicæ, interest societatis humanæ, ut, qui se ipsos regere et tueri non possunt, illi alieno auxilio regantur. Hinc non modo Romani, sed et Græci, imo omnes omnino gentes, sola rectà ratione duce, tutores constituerunt iis, quibus opus erat aliorum tuitione et auxilio. Et quidem quod ad Romanos attinet, illi præficiebant tutores 1°. *impuberibus* vel *pupillis*. In hac enim ætate tam infirmum et lubricum esse solet hominum judicium, ut facile possint labi, decipi, res suas prodigere, nisi ab aliis regantur. Nota sunt illa Horatii in art. poet.

Imberbis juvenis tandem custode remoto
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi,
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.

Jam deme his omnibus tutores, et frenum demes equo feroci : da ipsis libertatem, et gladium dabis furioso. Opus ergo pupillis erit tutoribus. 2°. *Feminis*. Nam et hic sexus fragilis est, varium et mutabile semper femina, facile decipi se patitur, maxime, si nox et amor vinumque nihil moderabile suadent. Volebant itaque Romani, ut mulieres essent sub tutela proximorum agnatorum. Et in eo quidem deterior erat mulierum quam pupillorum conditio, quod, cum hi puberes facti tutela liberarentur,

feminæ essent in perpetua tutela, nisi vel (*a*) nuptiis in manum viri convenirent, vel (*b*) tres liberos essent enixæ, tunc enim jure trium liberorum illa tutela finiebatur. Hæ itaque personæ in tutela erant apud Romanos. Sub curatoribus autem erant 3°. *puberes*, qui vel ob ætatem vel alias caussas res suas administrare non poterant, veluti *minorennes, furiosi, perpetuo morbo laborantes*. Ita jure vetere Rom. se res habebat : an et novo? Omnino, nisi, quod Justinianus tutelam feminarum plane abrogavit, adeo ut hodie in toto corpore juris nec vola nec vestigium hujus tutelæ occurrat. Saltim usque ad tempora Justiniani mansisse illam, demonstravimus in *Antiq. nost. Rom. h. t.*

Jure Gallico minores omnes, sine sexûs discrimine, in tutelâ sunt, *art. 388.* Postquàm verò 21 suum annum compleverunt, nec fœminæ quidem in tutorum potestate sunt, sed sui juris evadunt et illæ, *art. 488.* Si tamen aliquo vitio corporis vel animi laborant, qui anteà fuerunt in tutelâ, ita ut superesse suis rebus non possint, eis interdici potest bonorum suorum administratio. *Cod. Nap. art. 489 et seqq.*

§. CCIII.

Jam sequitur *definitio tutelæ*. Servius Sulpicius, princeps Jurisconsultorum tempore Ciceronis, ita definit tutelam : Tutela est *vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem ipse se tueri nequit, jure civili data vel permissa, l. 1, pr. ff. §. 1, Inst. h. t.* In hac definitione, ut fit, multa desiderant doctores. Nam 1°. putant eam esse obscuram, quia dicit, est vis et potestas *in capite libero*. Quid caput liberum? Cur non clarius dixit, *est vis et potestas in pupillo?* 2°. Eam esse ambiguam dicunt. Nam sensum horum verborum esse posse, quod tutor debeat esse caput liberum, et, quod pupillus esse debeat caput liberum. Ergo eloquutionem hanc esse æquivocam. 3°. Esse eam verbosam sine ratione. Nam vis et potestas esse vocabula συνώνυμα, et alterutram suffecisse. Sed definitio omnino est optima, modo recte intelligatur. Nimirum *caput liberum* est *homo sui juris*, Gell. *l. 5, c. 19.* Ulpian. *Fragm. tit. XI, §. 5.*

Eo autem vocabulo generali usus est Servius, quia ejus ætate non modo pupilli, sed et feminæ erant in tutela. Deinde non abs re junxit *vim et potestatem*, quia *vis* significat potestatem cum coercitione conjunctam, *potestas* eam, quæ sine coercitione est. Jam in feminas tutores habebant potestatem, non vim. In pupillis adhuc infantibus exercebant vim, in pubertati proximis potestatem. Sensus ergo definitionis hic est : *Tutela* est *vis* (in infantibus) et *potestas* (in adultioribus) *in capite libero* (i. e. femina et pupillo) *ad tuendum eum* (additum fuisse videtur : *eamve*), *qui* (additum procul dubio fuit : *quæve*), *propter ætatem* (additum fuit : *vel sexum*) *se sponte defendere nequit.* Talis olim fuisse videtur Servii definitio, sed videtur Tribonianus, quia ejus temporibus feminarum tutela ab usu recesserat, ea, quæ in parenthesi posuimus, resecasse.

§. CCIV.

Fluit jam ex hac definitione axioma : Tutela est munus publicum, *pr. Inst. de excus. tut.* Id recte intelligendum. Non dicimus tutelam esse officium publicum, nam tutor nec partem reipublicæ administrat, nec dignitate aliqua fulget, nec salarium accipit, sed est manetque persona privata. At dicimus, tutelam esse *munus publicum*. Munus autem publicum est onus, quod omnes cives publica auctoritate et publico jussu subire tenentur, *l. 214, pr. ff. de V. S.* Cum ergo et tutoribus hoc onus imponatur publica auctoritate, nempe per legem et magistratus, quumque illud subire omnes teneantur, quibus non est justa excusatio, hinc recte tutela dicitur munus publicum.

§. CCV.

Jam videbimus, quid ex hoc axiomate fluat. Inde nimirum duæ fluunt conclusiones : 1°. *Quod filii familias recte constituantur tutores*, *pr. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Cur vero ? Ratio est in §. 139 in nota* quia nimirum filius familias in muneribus publicis pro patre familias habetur, *l. 9, ff. de his qui sui vel, etc.* Ergo et tutelam,

quippe quæ est munus publicum, gerere possunt. 2°. *Quod nec servi nec peregrini nec mulieres tutores esse possint.* Non servi et peregrini, quia tutela est munus publicum, cujus non sunt capaces, nisi cives. Nec mulier, quia ipsa olim erat sub tutela, adeoque alios regere non poterat. Accedit, quod nec mulieres habiles sint ad subeundum munus publicum et personale. Sed hæc posterior tamen regula admittit exceptionem. Nam Justinianus Nov. 118, cap. 5 sanxit, ut non modo ad tutelam admitterentur mater et avia, sed etiam reliquis agnatis omnibus anteferrentur. Ratio, quæ Justinianum movit, est insignis amor, quo complecti liberos et nepotes solent mater et avia; qui tantus esse solet, ut in eas vix cadat suspicio malæ administrationis. Sed tamen hæ quoque feminæ non fiunt tutrices liberorum, nisi his observatis conditionibus: 1°. ut renuncient secundis nuptiis, et 2°. privilegio Senatus-Consulti Velleiani, ex quo aliàs mulieres pro aliis fidejubentes non obligantur.

Mulieres tutelam nancisci non aliter Codex Napoleo vult, quàm si vel matres vel ascendentes pupilli sint, *art. 442, 3o.*

§. CCVI.

Vidimus, qui tutores esse possint: jam dispiciendum, quibus casibus tutores dati vel impediantur, vel eorum administratio suspendatur? Id vero ex fine tutelæ judicandum, qui est, *ut tutor tueatur eum, qui per ætatem se sponte defendere nequit* (§. 203.) Quicumque ergo id præstare nequeunt, illi nec tutores esse possunt. Tales vero sunt 1°. *Minorennes.* Minorennes enim cum ipsi subsint curatoribus, quomodo alios tueantur? 2°. *Furiosi et mente capti*, qui nesciunt ipsi, quid agant, quomodo hi aliis prospiciant? 3°. *Surdi et muti*, qui, si vitium hoc conjunctum sit, ut simul et surdi et muti sint, parum differunt a furiosis et mente captis, ideoque tutores esse non possunt. Quamvis vero hæc verissima sint, tamen distinguendum est inter tutelam testamentariam, legitimam et *dativam.* Si enim tutores testamento dati sint minorennes, furiosi, surdi et muti, tunc ob hæc vitia tutela non finitur, sed suspenditur, i. e. manent tutores,

sed administratio ipsis non conceditur. Potius interea curator constituitur, donec fiant majorennes, vel resipiscant, vel audire et loqui cœperint. Quod si autem tutor legitimus vel dativus minorennis sit, vel furiosus, vel surdus et mutus; non fit tutor: vel, si factus sit, et postea incipiat insanire, vel surdus mutusve fieri, statim finitur tutela, et alius tutor constituitur. Hæc differentia probe observanda, quæ fundamentum habet in *l. 10, §. 7, ff. de excus. tutor.*

Minorennes.] 21 annis. *Cod. Nap. art. 388.*

Furiosi et mente capti.] Si minores sint, tutelæ subjacent; si majores, eis interdicitur bonorum suorum administratio.

Potius intereà curator constituitur.] Hoc jure nostro fieri non potest; aut enim tutor testamento datus tutelæ capax est, et statim confirmari debet; aut muneris obeundi impar, et tunc alius absolutè dandus est.

§. CCVII.

Vidimus, qui tutores dari possunt: jam quæritur, *quibusnam dentur tutores?* Ex definitione nostra §. CCIII respondemus: *capitibus liberis, quæ se sponte defendere non possunt.* Inde vero fluunt 4 conclusiones: (I.) Tutor datur primario personæ, non rebus, §. 4, *Inst. qui test. tut. dat.* et in eo *tutor* differt a *curatore*, qui primario rei, non personæ datur. Dico autem, tutores *primario* dari personæ; nam secundario etiam res et patrimonium pupilli administrant. Sed cur hoc receptum est principium? Quia in definitione tutela diserte vocatur vis et potestas in capite, non in ejus rebus, vel patrimonio. (II.) *Patrem habenti tutor non datur, l. 239, ff. de V. S.* Cur hoc? (α) quia, dum pater vivit, filius satis defenditur, (β) quia, dum pater vivit, filius in ejus potestate vivit, adeoque non est caput liberum seu homo sui juris, ad quos solos tutela pertinet. (III.) *Servo tutor non datur, l. 17, ff. de tut. dat.* ob eamdem rationem, quia servus est in potestate dominica heri, adeoque non est caput liberum, ergo nec tutorem habere potest. (IV.) *Peregrino tutor non datur.* At, inquis, hic quoque, si pupillus est, defensione indiget, et est sane caput liberum, quia non

omnes peregrini servi sunt. Sed respondeo : indigent etiam aliorum defensione peregrini, sed non præcise indigent tutela juris Romani. Sunt etiam libera capita, sed in patria sua, non Romæ, quum non gaudeant libertate Quiritum. Cic. *pro Cæcin. c. 33.* Ergo tutorem quidem accipiunt peregrini, sed ex jure patriæ suæ, non ex jure Romano; quemadmodum et nuptias faciunt peregrini, testamenta condunt, hereditates legitimas adeunt, sed non ex jure Romano, cujus peregrini non sunt participes.

§. CCVIII et CCIX.

Superest vero ultima quæstio, quotuplex si tutela ? Respondemus, esse triplicem : *Testamentariam*, quando pater liberis tutorem dat testamento : *Legitimam*; quando tutelam suscipiunt personæ quas ipsa lex ad tutelam vocat, quales potissimum sunt agnati, patroni, parentes, fratres : et *Dativam*, quando magistratus pupillis tutorem constituit. Ergo *testamentarios* ad tutelam vocat *testator*, *legitimos lex*, *dativos magistratus* vel prætor. Inter has species tutelæ is ordo observatur, ut 1°. omnibus præferantur tutores testamentarii, adeoque, quamdiu hi adsunt, legitimi non admittantur. 2°. Ut, si nullus sit tutor testamentarius, tunc legitimi tutelam suscipere possint. 3°. Ut, si alterutra tutela deficiat, magistratus tutorem constituat.

Fundamentum hujus divisionis repetendum est ex XII Tabb. In illis occurrebat lex : *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Inde colligebant veteres, tutelam similem esse hereditati. Jam 1°. quemadmodum testamentarius heres omnes alios excludit, ita et tutor testamentarius. 2°. Quemadmodum, ubi heres institutus non est, ibi succedunt heredes legitimi, vel ab intestato : ita et deficiente tutore testamentario legitimi vocantur. 3°. Quemadmodum prætor in subsidium quibusdam dabat bonorum possessionem, ita et in subsidium dat tutorem iis, quibus nec testamentarius, nec legitimus tutor est. Hoc est fundamentum hujus divisionis. Jam de singulis hujus tutelæ speciebus agitur singularibus titulis, et primum quidem de *testamentaria*.

Hanc tutelæ divisionem in *legitimam*, *testamentariam et*

dativam, servat Codex noster *lib. I, tit. X, cap. II, sect. 1, 2, 3 et 4.*

TITULUS XIV.

Qui Testamento tutores dari possunt.

§. CCX.

PRIMA itaque tutelæ species est testamentaria, cujus ante omnia origo et ratio explicanda est. Descendit autem ex XII Tabb. in quibus lex : *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Jam supra diximus, liberos ratione patris jure Romano esse res, non personas, §. 155. Quum itaque permittat lex patribusfamilias legare, i. e. testamentum condere super tutela suæ rei, consequi videbatur, ut testari etiam possent de tutela suorum liberornm. Habetis originem hujus tutelæ. Jam inde fluit axioma : *Pater liberis, in potestate sua constitutis, et in alterius potestatem non recasuris, potest tutores testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dare.* 1°. Dico, *pater* id potest. Nam lex dixerat : paterfamilias uti legassit, etc. Non ergo hæc potestas competit matri, aviæ, fratri, sorori, sed soli patri. Dico, 2°. *liberis in potestate sua constitutis* potest dare tutorem. Testari enim ex Leg. XII Tabb. debet de tutela suæ rei, non ergo de extraneis, sed de liberis suis, quos ratione patris res esse diximus, §. 155. Dico, 3°. *et in alterius potestatem non recasuris.* Tales sunt nepotes, qui mortuo avo in patris sui potestatem recidunt, his vero tutor dari non potest, propter regulam, quam habuimus §. 207, *patrem habenti tutor non datur.* Hic sensus est axiomatis : hæc ejus ratio. Jam ex eo facile potest judicari, quodnam sit verum hujus tutelæ testamentariæ fundamentum.

§. CCXI et CCXII.

Fundamentum nimirum non aliud est hujus tutelæ tes-

tamentariæ, quam *patria potestas*. Ergo qui liberos habet in sua potestate, is illis potest tutores dare : qui non habet, non potest. Ex hoc ergo principio jam facile reddimus rationem, 1°. cur mater, avia aliæque personæ extraneæ non possint tutorem testamento dare, quia nimirum pater solus vel avus habet liberos in potestate, non mater, non avia; multo minus aliæ personæ extraneæ. Ergo nec avus maternus potest tutorem dare nepoti ex filia, quia nec ad hunc pertinet patria potestas, sed ad solum patrem et avum paternum. 2°. Cur tutorem dare possimus liberis in potestate nostra constitutis, non emancipatis? quia emancipati non amplius sunt in patria potestate. 3°. Cur et exheredatis possit tutor testamento dari? quia nimirum exheredatio quidem adimit hereditatem, sed non est modus solvendi patriam potestatem. Posses dicere : at quid opus est exheredatis tutoris datione, cum nihil habeant, cujus administratio suscipi possit a tutore? Sed respondetur : 1°. Si vel nihil habeant, tutorem habere possunt, quia tutor primario personæ datur (§. CCVIII.). 2°. Exheredati etiam habere possunt bona, v. g. a matre, vel avo aviave materna profecta. 3°. Cur postumis etiam testamento detur tutor, quum tamen illi nondum nati adeoque nec in potestate patria constituti sint? quia nimirum postumi, quoties de eorum commodo agitur, pro jam natis habentur, *l. 7, ff. de statu hom.* Si ergo pro natis habentur, haberi etiam debent pro liberis in potestate patris constitutis, ergo et pater iis potest tutorem dare; quod erat demonstrandum. *Adde* §. *Inst. de tut.*

Moribus hodiernis, non ideò patribus permittitur liberis suis testamento tutores dare, quòd liberi sint in parentis sui patrimonio, adeò ut illis prospiciendo videatur paterfamilias rei suæ prospicere; sed hoc solo fundamento tutela testamentaria nititur, quod lex præsumitur parentibus inesse affectio talis, ut posteritati suæ apprimè consulere velint. Hinc apud nos non pater superstes modò, sed mater etiam, liberis suis tutorem testamento dare possunt. *Cod. Nap. art. 397.*

§. CCXIII.

Quæritur porro : Quomodo dari possit tutor? Respon-

demus ex axiomate §. CCX. dandum eum esse 1°. *testamento.* Nam quia hereditati comparabatur tutela, hereditas autem non nisi testamento dari potest, hinc et tutor datur testamento. 2°. Postea permissum, ut tutor etiam dari posset codicillis testamento confirmatis. Id ideo videtur introductum, quia, dum tutor datur a testatore, hic velut ejus fidei committit tutelam. Atqui fideicommissa et in testamentis et in codicillis relinqui possunt, *pr. Inst. de Codicill.* 3°. Tutores dari posse omnes, quibuscum est testamenti factio, modo sint muneris publici capaces, e. g. servi cum libertate dati, filiifamilias, non autem mulieres. Imo id probe notandum, plus potestatis dare leges patri tutorem testamento danti, quam prætori tutorem danti ex officio. Nam prætor non potest dare furiosum, minorennem, surdum et mutum; ita tutoris datio ipso jure nulla futura esset: at testator et furiosos, minorennes, surdos mutosque dare potest; quamvis enim dati non administrent, sed interea alius a magistratu detur, sunt tamen ipso jure tutores, et, simulac majorennes fiunt, vel ad sanam mentem redeunt, vel auditum et loquelam recipiunt, statim ipsis permittenda est administratio; qua de re diximus ad §. CCVI. Adde *l. 10, §. 7, ff. de excus.* Denique ex eodem fluit: 4°. Nec personam incertam tutorem dari posse a testatore, *l. 20, pr. l. 30, ff. h. t.* Ratio olim erat, quia persona incerta nec heres institui poterat, *§. 25, Inst. de Legat.* Et quamvis id postea in heredum institutione mutatum sit, tamen retinuerunt jus vetus in tutela testamentaria. Ratio est, quia qui tutorem dat liberis, id facit ex fiducia erga personam constitutam. Quomodo vero quis fiduciam collocare potest in persona incerta? Non valet ergo hæc tutoris datio: *Qui futuro anno eligetur consul, tutor liberorum meorum esto.* Denique et id observandum, 5°. tutorem testamento dari posse *pure, sub conditione et in diem:* quod denuo fieri non potest a prætore, qui semper tutorem dat pure. Cur ergo hac in re plus licet testatori privato, quam prætori? Resp. quia tutoris datio a prætore facta est actus legitimus, *l. 77, ff. de R. J.* Actus legitimus non admittit conditionem et diem (§. LXX.). At talis actus legitimus non est constitutio

tutoris per testamentum, ergo et sub conditione et in diem fieri potest, *l. 8, §. 2, ff. h. t.*

Jure nostro, tutor à superstite patre vel matre dari potest, non modò ultimæ voluntatis actu, sed etiam declaratione vel coram judice pacis et ejus greffiario, vel coram tabellione habitâ. *Cod. Nap. art. 392.*

§. CCXIV.

Stabilivimus hactenus principium, quod tutela sit similis hereditati. Hinc etiam nova sequitur regula probe observanda : *Quamdiu speratur tutela testamentaria, tamdiu locus non est legitimæ, l. 11, pr. §. 1, Inst. h. t.* Ratio in promtu est. Quemadmodum enim non admittitur heres legitimus, vel ab intestato, quando testamento institutus adest : ita, si semel adest tutor testamentarius, vel adhuc speratur tutela testamentaria, tamdiu legitima tutela non admittitur. Nemo enim, ut sæpe inculcabimus infra, potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere, *l. 7, ff. de R. J.* Fingamus exemplum : Testator dat *Titium* tutorem liberis; mortuo testatore Titius incipit furere, quæritur: An proximus agnatus tamquam legitimus tutor possit admitti? Negatur, quia, quamdiu speratur tutela testamentaria, tamdiu legitima non admittitur; hic autem adhuc speratur, quia furiosus resipiscere potest. Ergo prætor interea dabit tutorem. (§. 206.)

Confer *not. ult. ad n. 206.*

§. CCXV.

Altera hujus Tituli parte agitur de confirmatione tutorum a magistratu fieri solita. Sed cavendum, ne hanc confundamus cum confirmatione hodierna. Differentia hæc est : 1°. Hodie omnes tutores confirmantur a magistratu : olim tantum testamentarii, et quidem non omnes, sed aliqui. 2° Hodie confirmantur etiam, qui rite et juste tutores dati : olim tantum illi, qui vitiose dati fuerant testamento. Ex quo fluit definitio : *Confirmatio est actus, quo magistratus tutorem testamentarium vitiose datum confirmat.* Opus ergo est confirmatione magistratus,

quoties vitium in tutoris testamentarii constitutione observatur. Illud vitium aut est in testatore aut in modo dandi. 1°. In testatore est vitium, si is tutorem dat, qui non habet patriam potestatem in liberos, e. g. mater, avus maternus. Supra enim diximus, fundamentum hujus tutelæ testamentariæ esse patriam potestatem. (§. 211.) Ergo qui tutorem dat pupillis in potestate sua non constitutis, is vitiose dat. 2°. In modo dandi tutorem est vitium, si non detur tutor testamento vel si detur codicillis simplicibus. Utroque casu tutoris datio quidem est ipso jure nulla, sed tamen, quia testator in persona constituta insignem collocasse videbatur fiduciam: æquum existimavit prætor, illos tutores, licet vitiose constitutos, a se confirmari, eaque confirmatione tolli hoc vitium.

Apud nos, si tutor à patre datus est vitiosè, non confirmatur; sed tutela testamentaria evanescit; et quæ posteà consilio familiæ, vel eidem vel alteri tutela defertur; dativa reverà tutela est. Ita saltem puto.

§. CCXVI.

Fit autem confirmatio dupliciter: vel sine inquisitione vel cum inquisitione. *Sine inquisitione* fit confirmatio, si pater quidem tutorem testamento dedit, sed vitiose; quod fit tripliciter: 1°. Si tutorem dedit filio emancipato. 2°. Si dedit naturali filio, quia neuter est in patria ejus potestate. 3°. Si dedit codicillis testamento non confirmatis. His casibus absolute prætor confirmat tutoris dationem, nec opus putat esse inquisitione, quia pater semper præsumitur liberis bene prospicere. Contra *cum inquisitione* prætor confirmat tutores: 1°. Si mater dedit tutorem liberis institutis heredibus; 2°. si pater liberis naturalibus non institutis dedit, *l. 4, ff. h. t. l. 1*, §. 2, *l. 2*, §. 7, *de confirm. tut.* 3°. si extraneus, e. g. patruus, avunculus, tutorem dedit. Quia enim his omnibus casibus non locus est tutoris dationi propter defectum patriæ potestatis, prætor quidem confirmat tutores datos, sed non nisi præmissa inquisitione. Inquirit autem hoc casu prætor: 1°. an utilis sit pupillo hæc tutela: 2°: an tutor sit bonus vir? an improbus? an pupillo inimicus? etc.

Si tutorem dedit filio emancipato.] **Hoc jure Romano fieri**

poterat, quia emancipatio impuberes à patriâ quidem potestate liberabat, non autem à futurâ tutelâ. Quod cum jure nostro minimè obtineat, quoniam uterque, id est cùm patria potestas, tum tutela, emancipatione evanescit, jam patet cur eodem jure pater tutorem filio suo emancipato dare non possit. — De confirmatione tutoris, vide *not. ad §. præced.*

§. CCXVII.

Quod ad usum forensem hujus tituli attinet, observandum est: 1°. Posse hodienum patrem pupillo filio tutorem testamento dare, adeoque omnia jura, hactenus explicata, etiamnum in viridi observantia esse. 2°. In eo tamen mores differre a jure Romano, quod hodie non modo vitiose dati tutores sint confirmandi, quemadmodum jure Romano (§. 215.): sed omnes omnino, etiam recte dati, immo etiam ipsi legitimi. De Frisia tamen observavit B. Huberus *prælect. ad pand. h. t.* exceptam hic esse legitimam tutelam matris et aviæ, quæ non soleat a magistratu confirmari. Sed aliis locis omnes promiscue confirmandi sunt. Sunt, qui ideo negant, hodie illam divisionem tutorum in *testamentarios*, *legitimos* et *dativos* adhuc usum habere, quia per confirmationem omnes sint dativi. Thomas. *Not. ad Inst. h. t. p. 93, et ad ff. p. 247.* Sed hac quidem in re ratio fugit Virum celeberrimum. Quamvis enim omnes hodie tutores confirmentur: manet tamen discrimen ratione originis, quod alii testamento dentur, alii lege vocentur, alii ἀμέσως vel immediate constituantur a magistratu, adeoque hæc differentia ejusque usus nihilominus manet.

TITULUS XV.

De Legitima agnatorum tutela.

§. CCXVIII.

Legitima tutela est altera tutelarum species (§. 209.), eaque ita vocatur, quia tutores hos nec testator, nec magistratus dat, sed ipsa lex eos ad tutelam vocat. Ea

quadruplex est: Lex enim ad tutelam vocat 1°. *proximos agnatos*, unde hoc titulo de legitima agnatorum tutela agitur; 2°. *patronos* ad tutelam libertorum; unde legitima patronorum tutela, de qua tit. XVII; 3°. *patrem* ad tutelam filii emancipati. Hæc est legitima parentum tutela, de qua tit. XVIII. Denique 4°. *fratrem* ad fratris impuberis emancipati tutelam. Hæc dicitur Fiduciaria tutela, de qua tit. XIX. Tres posteriores species hodie extra usum sunt: prima adhuc ubique viget, et hinc expendenda paullo accuratius. Locum habet *legitima hæc agnatorum tutela*, si pater intestatus decessit. *Quamdiu enim ex testamento tutor est, legitimus non admittitur*. §. 214. Ast admittitur, si intestatus pupilli pater decessit. Intestatus autem in h. t. dicitur decessisse pater, 1°. si plane testamentum non fecit; 2°. si fecit quidem, sed in eo de tutela nihil disposuit, §. 2, *Inst. h. t.* Utroque ergo casu legitimæ tutelæ locus est. Sed quæritur: Cur, non existente tutore testamentario, legitimus vel agnatus tutor fiat? Ex nostro principio §. CCVIII explicato res facile poterit explicari. Tutela similis habebatur hereditati; deficiente herede testamento instituto succedit legitimus vel heres ab intestato. Ergo et, non existente tutore testamentario, legitimus vel agnatus tutelam accipit.

§. CCXIX.

Jam facile patet, quodnam sit hujus tutelæ fundamentum. Quum enim veteres tutelam hereditati æquipararent (§. 208.), formarunt sibi hoc axioma: *Ubicumque est successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet.* Quæ regula totidem verbis expressa exstat in §. *un. Inst. de legit. patr. tut.* Jam cum proximos agnatos lex vocaret ad successionis emolumentum, eosdem etiam Romani in suscipiendo tutelæ onere proximos esse voluerunt.

Quæri potest, an prudenter ita statuerint Romani? Sane veteres Græci periculosum existimabant, præsumto heredi tutelam, i. e. capro vineam credere. Quid si enim tam cupidus sit hereditatis, ut pupillum sibi creditum veneno tollat, aut alio modo ad orcum mittat? Ideo facilius ab eo fieri poterit, quia personam pupilli in sua tutela

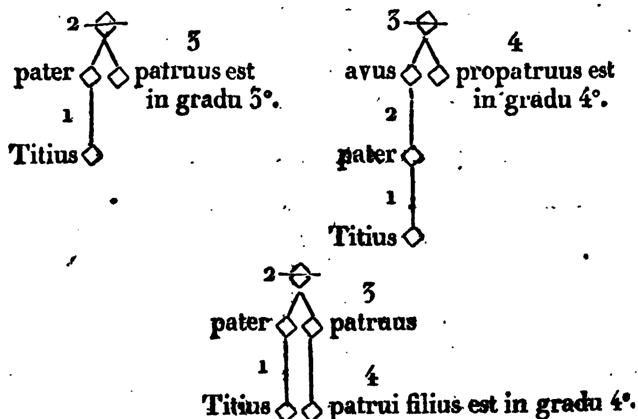
tela habet. Nec desunt exempla hujus sceleris. Vid. Suet. *Galb.* c. 9. Hinc Atheniensium legislator, Solon, tutelam agnatis, sed remotioribus, non proximis, deferebat: Charondas, Cretensium legislator, agnatis quidem bonorum administrationem, cognatis autem personæ curam demandabat. At Romani proximis agnatis et heredibus deferebant tutelam, quibus, vigente præcipue gentilismo, facile erat mactare pupillos miseros. Vid. Vinn. *Comment. ad Inst. h. t.* Defendit quidem hoc institutum B. Huberus *Digress. lib. III, c. 5*, sed ita, ut non difficile videatur ejus argumenta refellere. Utut sit, axioma hoc semel receptum in jure: *Ubicumque est successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet.* Attamen limitatio addenda est, *modo iste proximus sit habilis obeundo muneri publico.* Hinc e. g. femina potest esse proxima agnata, adeoque et heres legitima, nec tamen tutrix erat, per ea, quæ supra diximus (§. CCV.), excepta matre et avia.

§. CCXX et CCXXI.

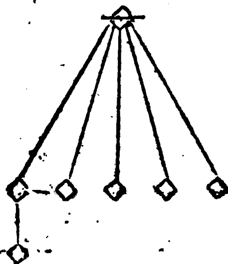
Jam ergo facile ex hoc axiomate intelligimus, quinam ad legitimam tutelam vocentur? Distinguendum est jus *vetus* et *novum*. *Jure vetere* 1°. soli agnati, et his deficientibus, *gentiles* ad hanc tutelam vocabantur, quia et soli succedebant ab intestato: non autem cognati. Unde explicandum, quinam sint *agnati?* quinam *gentiles?* quinam *cognati? Cognati* generatim vocantur, qui ejusdem sunt sanguinis et originis sive paternæ sive maternæ. E. g. et *patruus* et *avunculus* et *amita* et *matertera* mihi cognati sunt. At *agnati* in specie dicuntur, qui e latere paterno vel per virilis sexus personas mihi juncti sunt, *l. 7, ff. h. t.* §. *1, Inst. h. t.* Sic e. g. *patruus* mihi *agnatus* est, quia per patrem mihi junctus; non autem *avunculus*, qui per matrem; hic nimirum cognatus tantum est. Signum agnationis externum est idem nomen. Sic e. g. omnes Ciceronis agnati vocabantur Cicerones: Denique *agnati* et *gentiles* ita differunt, quod *agnati* sint ejusdem familiæ, *gentiles* ejusdem gentis. Sic e. g. omnes Cornelii Romæ erant gentiles, quia omnes erant ex gente Cornelia. At Scipiones inter se

erant agnati, quia ex eadem familia gentis Corneliæ descendebant. Paucis, Romani habebant fere tria nomina, *prænomen*, *nomen*, *cognomen*, e. g. M. T. Cicero. Prænomen erat signum *personæ*, nomen signum *gentis*, ex qua quis prognatus erat, cognomen denique signum *familiæ*. Jam hæc sufficiant de hoc discrimine. Ad rem ut redeamus, diximus, vetere jure solos agnatos et gentiles ad tutelam legitimam vocatos esse, *pr.* §. *1*, *Inst. h. t.*

2°. Si plures agnati erant proximi, excludebant remotiores, quia idem in hereditate obtinebat. E. g. Titius pupillus superstitem habet patruum, propatruum et patrui filium, quis ex illis est tutor? Patruus omnes reliquos excludit. Rem ostendit hoc schema:



3°. Si plures ejusdem gradus sunt, omnes simul tutelam suscipiunt. E. g. Si quis habeat quatuor patruos, hi omnes



simul erunt tutores, quia etiam simul sunt heredes. Tale erat jus vetus. Jam *novum* sequitur. Hoc in duobus capitibus differt a vetere. 1°. Quod hodie inter agnatos et cognatos nihil est differentiæ. Quia enim *nov. 118, cap. 4.* Justinianus cognatos et agnatos per omnia æquiparavit in hereditate : æquales etiam hodie sunt in tutela legitima, quia, ubi successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse oportet. (§. 219.) 2°. Et in hoc jus novum differt a vetere, quod cum hoc nullam feminam ad tutelam admitteret, per *nov. 118, cap. 5*, mater et avia omnibus reliquis agnatis præferuntur ; qua de re diximus supra §. CCV.

§. CCXXII.

Sub finem hujus tituli et aliud *agnatorum* et *cognatorum* discrimen indicatur. Nempe *jus agnationis* per omnem capitis deminutionem tollitur : *jus cognationis* tantum per *maximam* et *mediam*, non autem per minimam capitis deminutionem. Ratio est, quia jus agnationis est inventum juris civilis, jus cognationis e jure naturæ et gentium est. Jus civile per aliud jus civile facile tollitur, non autem jus naturale, quippe quod immutabile est. Ergo si frater meus in adoptionem datus est Mævio, agnatus meus esse desinit, quia minimam capitis deminutionem passus est : non autem desinit mihi cognatus esse. Jam ergo facile patet, cur jam statim sequatur materia de capitis deminutione, ex instituto nunc explicanda.

Quod sub hoc titulo *de agnatorum tutelâ* traditur, usûs nostri certè non est. Agnationis enim jus Nostris est incognitum. Attamen, in concursu ascendentium ejusdem gradûs, per virilem sexum parentes præferuntur. *Cod. Nap. art. 402, 403 et 404.*

TITULUS XVI.

De Capitis deminutione.

§. CCXXIII.

Quid sit capitis deminutio, intelligere non possumus, nisi prius interpretemur vocabulum *caput*. Caput vocabatur Romæ, cujuscumque nomen referebatur in tabulas censuales. Hinc phrases, *censa sunt capita civium* CCM: *capite census* pro eo, qui nec rem nec prolem apud censorem profitebatur: *caput de civitate eximere*, i. e. ejicere in exilium. Quia autem in tabulas non referebantur nisi *liberi homines*, *cives et patresfamilias*, hinc caput idem est, ac *status libertatis*, *civitatis et familiæ*. Quicumque ergo nullum horum statuum habet, veluti servus, is *caput non habere* dicitur, §. 4, *Inst. h. t.* Qui habuit statum illum triplicem, et illum vel penitus vel ex parte amittit, is *capite minui dicitur*.

§. CCXXIV.

Jam ergo perspicua erit definitio. *Capitis deminutio* est prioris status mutatio. Quando ergo ex libero homine fit servus, ex cive peregrinus, ex patrefamilias filius familias, capitis deminutio fit, non vero vice versa, si ex servo fit homo liber, ex peregrino civis, ex filiofamilias paterfamilias. Unde sunt, qui definitioni nostræ addunt verba: est prioris status mutatio *in deterius*. Sed ista additio supervacua est; nam liber homo statum habet, servus non habet; civis statum habet, non peregrinus; paterfamilias statum habet, non autem filiusfamilias. Ergo si hi statum vel caput non habent: illum quoque non possunt amittere, adeoque nec capite deminui.

Jure nostro, maxima tantùm et media capitis deminutio consideratur, eo scilicet respectu quòd solvat omnia fermè jura minuti. (Vid. *Cod. Nap. art.* 25 *et seqq.*) Nam apud nos

minima capitis deminutio, quæ, putà, per emancipationem accidit, tantùm ad augendam, non utiquè ad minuendam emancipati capacitatem est accipienda. — Idem à fortiori dicendum de adoptione, quæ nec familiæ jura perimit, nec potestatem patriam in adoptantem transfert.

§. CCXXV.

Quum vero caput vel status sit triplex, *libertatis, civitatis* et *familiæ*: triplex quoque est capitis deminutio, *maxima, media, minima*. *Maxima* est, qua libertas tollitur, adeoque et jura civitatis et familiæ. Dum enim aliquis fit servus, necessario et civis et paterfamilias esse desinit: *media* est, qua civitatis jus amittitur; hic liber quidem homo manet, sed tamen fit peregrinus, et paterfamilias esse desinit: *minima* est, qua jura familiæ perimuntur, quamvis et libertas maneat et civitatis jus. Paucis: *maxima* opponitur statui libertatis: *media* statui civitatis: *minima* statui familiæ. Addendæ adhuc sunt duæ observationes: 1°. quod *maxima* et *media* in jure nostro vocantur *mors civilis, l. 209, ff. de R. J.* Cur vero? Quemadmodum enim mortuus nec agit quid, nec patitur, ita et servi et peregrini nec agere, nec beneficio aliquo juris civilis adfici, fruique poterant. E. g. nec nuptias juris Romani faciebant, nec testabantur, testamentove heredes instituebantur, nec contrahebant secundum jus civile, nec liberos in potestate habebant, nec usu capiebant, adeoque plane pro mortuis habebantur, æque ac illi, quibus caput naturale amputatum. 2°. Quod aliquando duplex tantum capitis deminutio occurrit in jure nostro, veluti in Legibus notabilibus, *l. 1*, §. *1*, *ff. de suis et legit. et l. 1*, §. *8*, *ff. ad SC. Tertull.* Sed tunc minus adcurate loquuntur Jurisconsulti, et maximam mediamque sub una specie complectuntur. Id quod sæpe fieri a Jurisconsultis, etiam in aliis tripartitis divisionibus, luculenter docuit V. C. Gerh.^s Noodt *Probab. lib. I, cap. 12 et Observ. lib. II, cap. 21.*

§. CCXXVI, CCXXVII et CCXXVIII.

Vidimus, quid sit illa triplex deminutio capitis: jam dicendum etiam, quinam illam patiantur.

Maximam patiuntur 1°. *capti ab hoste.* Apud nos capti hostes manent liberi; apud Romanos autem statim fiebant servi, adeoque statum libertatis amittebant, nec illum recuperabant, nisi domum reverterentur. Nam tunc omnia jura recuperabant *jure postliminii*, de quo diximus §. 82. 2°. *Qui majores 20 annis dolose, et pretii participandi caussa venum dari se patiebantur*, de qua fraude itidem §. 83 diximus. Ii enim dum in poenam in servitute manere cogebantur, statum libertatis amittebant, et sic maximam patiebantur capitis deminutionem. 3°. *Servi poenae.* Quinam illi? Romae lege Portia cautum fuerat, ut cives Romani nec flagris caedi aut verberari, nec supplicio capitali adfici possent. Hinc quoties talem poenam magistratus civi Romano irrogare audebat, toties clamare solebat: *civis Romanus sum;* eoque facto statim erat dimittendus. Exemplum habemus in sacris litteris, *Act. Apost. 22, 24*, ubi ipse Paulus Apostolus hac formula se a saevitia tribuni militum liberat. Addantur *Cic. orat. 1, adversus Verrem, c. 7, orat. 5, c. 146, 171, 167, 169.* Euseb. *hist. eccl. l. 5, c. 1 et Antiquit. nost. Rom. append. Lib. 7, §. 28, p. 258.* Cum itaque tam insigni privilegio gauderent cives, ut supplicio capitali adfici non possent, et nulla tamen respublica consistere queat sine suppliciis facinorosorum: hinc eleganter Romani fingebant, eos, qui ejusmodi supplicio erant adficiendi, per sententiam capitalem fieri servos, nec cives amplius esse. Quia autem servus sine domino non intelligitur; et hic tamen capitis damnatus in nullius dominium redigitur, fingebant, poenam veluti ejus dominum esse, et hinc dicebantur *servi poenae.* Eleganter de hac fictione egit Noodtius *Probab. l. III, c. 12.*

Mediam capitis deminutionem patiebantur, 1°. *ii, quibus aqua et igni interdictum.* Quid hoc? Romani cives et hoc gaudebant privilegio, *quod jus civitatis inviti haud amitterent.* Hinc si civem vellent jure civitatis privare, plebiscito cavebatur, non ut in exilium proficisceretur, (ad id enim, ut dixi, cogi non poterant,) sed ut aqua et igni non uteretur. Eo facto ipsi adponebantur custodes, qui illum prohiberent aqua et igni uti. Quum vero sic vitam tolerare non posset, necessario ipsi

erat ex urbe in aliam civitatem discedendum, eoque facto statim jus civitatis amittebat, quia jure Romano nemo poterat duarum civitatum civis esse, teste Corn. Nep. *in vita Attici, c. 3.* Vid. *Antiquit. nost. Rom. h. t.* §. 10. Eamdem mediam capitis deminutionem patiuntur, 2°. *deportati.* Ubi observandum, aquæ et ignis interdictionem proprie non discrepasse a deportatione, nam et deportatis aqua et igni interdicebatur: differunt tamen effectu. Olim enim, quibus aqua et igni interdictum fuerat, ii poterant suo arbitrio se conferre, quocumque vellent. At Augusto, cum ab exsulibus illis in tanta libertate morantibus seditionem metueret, Livia conjux suaserat, ut eos in insulas juberet abduci et ibi includi; unde postea *deportati* dicti. Vid. Dio Cass. *Hist. lib. CV. p. 562.* Hi, quibus aqua et igni interdictum, et deportati conjunctim vocabantur *Exsules*, quos cum *Relegatis* non esse confundendos, jam supra ex Ovidio ostendimus §. 192.

Minimam denique capitis deminutionem patiuntur, 1°. *Arrogati*, quia ex hominibus sui juris vel patribusfamilias fiunt filiifamilias. 2°. *Arrogatorum liberi*, quia, cum ante essent in potestate patrum suorum, jam cum ipsis patribus in arrogantis potestatem rediguntur, adeoque familiam mutant. *L. 3, pr. ff. de Capit. min.* 3°. *Emancipati.* Sed hic dubium oriri potest. Emancipati ex filiis familias fiunt patresfamilias, adeoque status eorum non mutatur in deterius, sed in melius, ergo non potest dici capitis deminutio. Sed resp. hujus capitis deminutionis fuisse singularem rationem, nempe quia olim emancipatio fieri non poterat, nisi per imaginariam venditionem in servitutem. Unde emancipati ideo dicebantur capite minui, quia deducebantur in imaginariam caussam servilem, *l. 3, §. 1, ff. h. t.* Adde supra §. 195. Sed id hodie cessat, quia et imaginaria illa venditio in emancipatione cessat, postquam et Anastasiana et Justinianea emancipatio introducta; de qua itidem supra actum §. 196 seq.

§. CCXXIX.

Superest, ut et dispiciamus, an hujus doctrinæ de capitis deminutione aliquis sit usus? Et respondemus:

1°. *Maximam*, omnibus fatentibus, ab usu recessisse. Quia enim talem servitutem, quæ morti civili æquiparari possit, non habemus, hinc et nemo in illam servitutem redigitur. 2°. *Media* quoque cessat, quia cessat jus civitatis Romanæ, et inter cives et peregrinos hodie parva est differentia. Vulgo tamen comparant huic capitis deminutioni *Bannum Imperii* in Germania, vel proscriptionem (*die Acht- und Ober-Acht*), relegationem cum ictu fustium vel virgidemia, condemnationem ad triremes perpetuam, si cum bonorum publicatione conjuncta sit; quamvis, si simile aliquid est, non statim dicendum sit idem, nam simia quam similis turpissima bestia nobis? Ergo si hæc omnia similia sint capitis deminutioni, non sunt re ipsa capitis deminutio. 3°. *Minima* adhuc hodie fit per arrogationem, si liber homo se alterius patriæ potestati subjicit, non autem per emancipationem, propter ea, quæ diximus ad §. superiorem.

TITULUS XVII.

De Legitima patronorum tutela.

§. CCXXX.

Versamur adhuc in tutela legitima, cujus quatuor species esse diximus, *agnatorum*, *patronorum*, *parentum* et *fiduciariam*. De tutela agnatorum et capitis deminutione, qua perimi illa tutela potest, diximus hactenus. Ergo jam sequitur secunda species, nempe tutela *patronorum*. Quum ergo *patronus* is dicatur, qui servum manumisit, per *tutelam patronorum* intelligitur tutela, quam patronus vel ejus liberi in liberto impubere vel liberti liberis habent.

§. CCXXXI et CCXXXII.

Fundamentum hujus tutelæ patronorum idem est, quod legitimæ agnatorum. Ubicumque est successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet. Jam mo-

riente sine liberis liberto patronus ejusve liberi succedebant, quia patronus ob manumissionis beneficium veluti pro liberti patre vel proximo agnato habebatur. (§. 111.) Vid. Vinn. *ad Instit. tit. de Success. libert.* Ergo et debuerant tutores legitimi esse. Dicunt Jurisconsulti, hanc tutelam esse ex XII Tabb. et tamen in XII Tabb. ne verbum quidem de hac tutela occurrit. Sed respondet Justinianus §. *VII*, *h. t.* distinguendum esse inter τὸ ῥητὸν et τὴν διάνοιαν, i. e. inter sententiam et verba. Nihil erat in XII Tabb. de tutela patronorum scriptum: at, quod ad sententiam attinet, omnino hæc tutela est ex XII Tabb. Quia enim iis fuerat cautum, ut patronus liberto succederet: omnino etiam cautum videbatur, ut ejus tutelam susciperet; nam *ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet.*

Sed quum hodie non habemus ejusmodi libertos, quibus ab intestato succedat dominus, qui manumisit: tutelam etiam patronorum extra usum hodie esse facile patet, et omnes fatentur.

In Galliâ, nec servi sunt, nec igitur patroni, nec consequenter patronorum tutela.

TITULUS XVIII.

De Legitima parentum tutela.

§. CCXXXIII.

Legitima parentum tutela est tertia legitimæ species, quam pater exercet in liberos impuberes emancipatos, *l. 3*, §. *ult. ff. de ligit. tut.* Cur non dicimus potius, patrem esse legitimum tutorem omnium liberorum? Resp. quia patrem habenti tutore non opus est, immo ne quidem possunt tutorem habere liberi in potestate patria constituti, quia non sunt capita libera, ad quæ *sola* tutela pertinet. (§. 103.) Ast emancipati sunt capita libera, quia liberati sunt a patria potestate, et

hinc sub tutela esse possunt, et quidem sub tutela patris emancipantis.

§. CCXXXIV et CCXXXV.

Fundamentum hujus tutelæ vere est jus patronatus, de quo superiore titulo diximus. Demonstravimus supra (§. 205.) emancipationem factam per trinam venditionem et totidem manumissiones. Ultima manumissio plerumque ab ipso patre emancipante fiebat. Jam quum, qui manumittit, fiat patronus: etiam pater emancipans fiebat filii emancipati patronus. Patronus succedit liberto ab intestato, ergo et pater filio ab intestato succedit. *Ubi est successionis emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet.* (219.) Ergo et penes parentem onus tutelæ in emancipatum esse debet. Q. E. D. Ita ratiocinabantur veteres Jurisconsulti, et ita sensim inventa est illa legitima parentum tutela.

§. CCXXXVI.

An vero *hodie* quoque hujusmodi superest tutela parentum? Minime. Nam 1°. hodie nemo temere solet emancipare liberos impuberes, sed illos, qui jam se ipsos regere possunt, e potestate dimittimus. 2°. Cessare etiam hodie diximus emancipationem per venditionem imaginariam adeoque et manumissiones hodie extra usum esse. Si non manumittimus liberos, nec sumus eorum patroni, adeoque nec tutores eorumdem. Equidem passim receptum est in Germania, ut liberi in peculio adventitio tutorem habeant patrem. Sed hæc tutela plane alterius naturæ est. Nam 1°. non ex jure Romano, sed Germanico, *ex speculo Saxonico, lib. I, Art. XI.* 2°. In ea tutela non solum sunt emancipati, sed et sui vel in potestate constituti. 3°. Hæc tutela Germanica est usufructuaria. Pater enim tamquam tutor legitimus liberorum in Germania gaudet usufructu omnium bonorum eorum; quod plane inauditum est ex Jure Civili Romanorum.

Codex Napoleo dat puerorum tutelam, 1°. patri, qui, constante matrimonio administrator bonorum; post matrimonium

demùm tutor dicitur; 2°. matri; 3°. illi quem pater aut mater superstes designavit; 4°. ascendentibus utriusque lineæ, utriùsque sexûs; ita tamen ut linea paterna præferatur maternæ, et in eâdem lineâ masculi præferantur fœminis; 5°. his quos designat familiæ consilium. Vide *Cod. Nap. art.* 389–405.

TITULUS XIX.

De Fiduciaria tutela.

§. CCXXXVII et CCXXXVIII.

Quarta species legitimæ tutelæ est *fiduciaria*. Ubi observandum, nomen hoc oriri a *fiducia*, quæ erat pactum vel contractus, quo quis alteri rem tradebat ea lege, ut sibi illa redderetur. Qua in conventione utebantur formula: *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder*. Cic. *de offic. lib. III*, *c.* 13. Ejusmodi fiduciæ contractus interponi solebat in emancipatione liberorum. Pater enim filium ter venumdans in tertia venditione sibi stipulabatur, ut emtor filium hunc traditum sibi redderet vel retrovenderet, et tunc pater illum manumittebat, et sic, ut superiore titulo diximus, fiebat filii emancipati patronus. Quùm ergo lege XII Tabb. esset cautum, ut patronus eoque mortuo filius patroni ab intestato succederet: hinc non modo pater erat tutor filii emancipati, sed et patre mortuo, si filium relinqueret justæ ætatis, et is fratris tutelam suscipiebat. Hinc intelligitur definitio hujus tutelæ fiduciariæ, quod sit tutela, quæ post mortem patris emancipantis liberis ejus masculis perfectæ ætatis defertur in fratrem emancipatum impuberem, §. *un. Inst. h. t.* Sed et hæc tutela hodie nullius est usus, ob easdem rationes, quas §. 236 adduximus.

Obiter moneo: Ulpianum *Fragm. tit.* ~~IX~~ XI, §. 5, ipsam legitimam parentum tutelam, de qua superiore titulo egimus, adpellare *fiduciariam*. Ex quo patet, Justinianum hoc nomen, tertiæ olim speciei proprium,

quartæ imposuisse. Utrum vero id Triboniani errore et inscitia factum sit, ut quibusdam videtur, an studio et quia vocabulum hoc quartæ speciei convenientius esse existimabat, equidem in medio relinquo, quippe non admodum proclivis ad perstringendum Tribonianum.

TITULUS XX.

De Attiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia datur.

§. CCXXXIX et CCXL.

Exposuimus huc usque duas tutelæ species, *testamentariam*, tit. XIV, et *legitimam*, tit. XV ad XIX. Superest tertia, nempe *dativa*, quæ ita vocatur, quod hic tutor *datur*, et quidem non testamento, nec ab ipsa lege, sed *à magistratu*. Definivimus ergo tutoris dationem *actum legitimum, quo deficientibus testamentariis et legitimis tutores a magistratu ex lege dantur.* Quid sibi hæc definitio velit, adparebit ex axiomatibus inde fluentibus, quorum sunt tria: (I.) *Tutor hic ex lege a magistratu datur,* nempe ex lege Attilia et ex lege Julia et Titia. Nam apud Romanos non hoc pertinebat ad officium magistratus, tutorem dare, sed illa potestas tantum magistratibus quibusdam dabatur lege speciali, et præter hos nullus magistratus poterat tutores dare. Sic e. g. consul erat magistratus, dictator itidem: nihilominus illi non poterant tutores dare, sed prætor cum majore parte tribunorum plebis, quia his solis ea potestas concessa fuerat per legem Attiliam. Et hinc est, quod *tutoris datio dicitur esse extraordinariæ jurisdictionis, l. 7, §. 1, ff. de offic. Procons.* quia non ex officio magistratus, sed ex speciali lege fluit. (II.) *Tutor a magistratu datur in subsidium, deficientibus testamentariis et legitimis.* Quemadmodum enim legitimæ tutelæ locus non est, nisi deficiente testamentaria: ita nec dativa habet

locum, quamdiu testamentariæ et legitimæ locus est. Ergo subsidiaria est hæc tutela. (III.) *Tutoris datio est actus legitimus.* Ita enim expresse vocatur in *l. 77, ff. de R. J.* Quid sit actus legitimus, exposuimus §. 70, nempe actus, qui sollemniter erat explicandus, et neo procuratorem admittebat, nec conditionem, nec diem. Hæc sunt illa axiomata, ex quibus quæ fluant conclusiones, jam videbimus.

Tutela, quam propriè Romani *dativam* appellabant, ex eo quod à magistratu *dabatur*, nunc ex Codice Nap. defertur à consilio familiæ composito ut docet *art. 407 et seqq.*

§. CCXLI et CCXLII.

Primum axioma erat, *tutor hic ex lege a magistratu datur.* Ergo oportet quasdam leges latas esse de hac tutela. Earum sunt duæ, *Attilia,* et *Julia* et *Titia. Prioris* ætatem ita eruimus. Tutoris ex hac lege Attilia dati exemplum jam anno U. C. 557, memorat *Tit. Livius l. XXXIX, c. 9.* Ergo est lex nostra illo anno antiquior. Jam cum Attilium quendam auctorem hujus legis esse oporteat, et ante hunc annum nullus inter tribunos plebis Attilius occurrat, præter L. Attilium Regulum, anno U. C. 443, hoc tribunatu functum, teste eodem *T. Livio lib. 9, c. 30,* verosimile est illo anno et ab eo Attilio hanc legem rogatam et cognominatam esse. *Posterior* lex lata est multis sæculis post, anno U. C. 728, et nomen habet a Julio Cæsare Octaviano Augusto, et M. Titio, hujus anni consulibus. Ignorat hoc vulgus interpretum. Sed nobis id primus detexit Vir doctissimus, *Henr. Valesius, e Soc. Jes. in Notis ad Excerpta Peiresciana, p. 61.* Ceterum hæ leges ita differunt: 1°. Prior agit de tutoribus in urbe Roma dandis: posterior de tutoribus dandis in provinciis. 2°. Prior jubet tutores dari a prætoribus et majore parte tribunorum plebis: posterior a præsidibus provinciarum, *pr. Inst. h. t.* 3°. Ex priore lege tutores à prætore in urbe dati vocabantur Attiliani: ex posteriore Juliani Titiani, ut ex rubrica hujus tituli patet. Præter hos magistratus nemo poterat tutores dare usque ad tempora Augusti, sed ejus

successores rem mutarunt variis constitutionibus. Nam 1°. sub Claudio imperatore, teste Suet. *Claud.* c. 25, cautum est Senatus-Consulto, ut non amplius prætores cum tribunis plebis, sed consules tutores pupillis darent, et quidem ex inquisitione, i. e. ut simul in mores et habilitatem tutorum sedulo inquirerent, §. *3, seq. Inst. h. t.* quod sub Trajano adhuc factum esse discimus ex Plin. *Epist. IX, 13.* 2°. Sub Marco Antonino singularis constitui cœpit prætor *tutelaris*, qui tantum tutores dabat, et caussas tutelares cognoscebat, §. *4, h. t.* Jul. Capitol. *in vita M. Antonini imp. c. 10.* 3°. Paullo post, sub Severo, ut videtur, invaluerat, ut tutores in urbe darent prætores, intra centesimum ab urbe lapidem præfecti prætorio, extra Italiam in provinciis magistratus municipales, jussu præsidum, tutores darent, §. *3, 4, Inst. h. t.* 4°. Denique et municipalibus magistratibus et episcopis et juridico Alexandriæ id jus datum, ut tutores dare possent. Sed hæc historiæ tantum caussa notanda: nam usus hujus rei hodie nullus est, quia hodie tutoris datio est ordinariæ jurisdictionis, omnesque judices, qui jurisdictionem civilem habent, etiam tutores dare possunt; uti infra videbimus.

Judices pacis, apud nos, sunt quibus specialiter Codex noster mandavit, ut tutelæ dationi præessent, *art. 416.*

§. CCXLIII.

Jam porro ex primo axiomate fluit, *tutoris dationem non posse mandari.* Quid hoc? Sciendum, alias jurisdictionem a quocumque magistratu alii mandari potuisse: e. g. si prætor ab urbe abesse cogebatur, tunc poterat cuidam collegæ jurisdictionem suam mandare. Ita et præses provinciæ, quia non ubique per provinciam præsens esse et jus dicere poterat, jurisdictionem suam mandabat legatis. Quâ de re singularis titulus exstat *in Lib. 1, ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Quæritur ergo, an et tutoris datio aliis mandari possit a magistratu? Id negatur in *l. 8, pr, ff. h. t.* Ex qua ratione? Ex duplici: 1°. Quia tutoris datio non est ex officio magistratus, sed ex speciali lege. Jam quæcumque sunt ex spe-

ciali lege, ea mandari non possunt; uti expresse habetur in *l. 1, pr. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2°. Quia tutoris datio est actus legitimus. Atqui eorum actuum ea est natura et indoles, ut non admittant procuratorem, *l. 77, ff. de R. J.* Ergo nec tutor dari potest per procuratorem vel mandatarium. Objici posset *l. 15, ff. de offic. procons.* ubi dicitur : Procons. legatum posse et tutores dare; quum tamen illi legati non habeant jurisdictionem propriam, sed mandatam. Sed respondetur : Legatis procons. jurisdictio mandabatur a proconsule. Eo facto deinde accipiebant jus tutores dandi ex speciali lege et constitutione Marci Antonini imp. *l. 1, §. 1, ff. h. t.* Ergo tutores dabant non vi mandati, sed ex speciali lege, adeoque hæc lex reliquis non repugnat.

§. CCXLIV.

Alterum axioma erat, tutor hic datur *in subsidium, deficientibus testamentario et legitimo.* Ex eo duas conclusiones inferimus. 1°. Quod utroque deficiente magistratus det tutorem, non, si vel testamentarius vel legitimus jus habet suscipiendi tutelam. 2°. Quod quotiescumque tutela testamentaria vel impeditur vel finitur, dativæ locus est. Exempla impeditæ tutelæ testamentariæ supra vidimus (§. 206 et 213.). Si enim tutor testamentarius sit demens, furiosus, mutus, surdus, minorennis, non sane tutela privatur, sed tantum administratione tutelæ, donec impedimentum cesset. Interea non legitimus fit tutor, sed a prætore aliquis datur, qui administret. Similiter se res habet, si tutor testamentarius moriatur, capite deminuatur, tamquam suspectus removeatur. Omnibus enim his casibus tutor a magistratu datur, *l. 11, ff. de test. tut.* §. *1, 2, Inst. h. t.*

Vide *Cod. Nap. art.* 405. Confer *not. ad* §. 215.

§. CCXLV.

Tertium axioma erat, *tutoris datio est actus legitimus.* Quum itaque actus legitimus non admittat conditionem vel diem (§. 70.), per se patet, 1°. tutorem a

magistratu dari non posse sub conditione, e. g. Tutor esto, si juris doctor creaberis: 2°. nec id fieri posse in diem vel ex die, e. g. tutor esto per annum, vel post biennium. Pure ergo dandus est, *tutor esto, l. 6, §. 1, ff. h. t.* Ast testator potest tutorem dare sub conditione, et ex die vel in diem (§. 203, 4.), *l. 8, §. 2, ff. de test. tut. §. 3, Inst. qui test. tut. dare poss.* Resp. Id verum esse ideo, quia testamento facta tutoris datio non est actus legitimus, sed facta a prætore. Ergo et regula *l. 77, ff. de R. J.* in testamentaria tutela locum non habet.

§. CCXLVI.

Absolvimus hanc tractationem. Id unum restat, ut ex instituto nostro aliquid adjiciamus de usu hujus doctrinæ hodierno. Is a praxi Romana hactenus explicata in duobus potissimum discrepat. (I.) Quod non certi hodie magistratus dent tutores, sed omnes, quibus est jurisdictio. Quia autem jurisdictio dividitur in civilem et criminalem, et sæpe contingit, ut uno eodemque loco alius civilem, alius criminalem habeat jurisdictionem, quæritur, quis tunc judex det tutores? Resp. Qui civili jurisdictione pollet, quia tutoris datio nihil facit ad coercitionem criminum. (II.) Quod major sit nostrorum quam Romanorum magistratuum potestas. Romani non poterant dare tutorem, nisi in subsidium, si nec testamentarius adesset tutor, nec legitimus; hos enim a tutela excludere non poterant. At nostri magistratus præcipue considerant tutorum habilitatem, et si animadvertunt, eos esse inhabiles, illos statim excludunt a tutela, sive sint testamentarii, sive legitimi, et alios dant habiliores. Tria adduxi testimonia. Nam de Frisiæ praxi testantur Statuta Frisiæ, de praxi Belgica Zypæus, Jurisconsultus Batavus, et de praxi Germanica Schilterus in locis in ipso libello allegatis; ut adeo de universalitate hujus praxeos non videatur dubitandum.

TITULUS

TITULUS XXI.

De Auctoritate tutorum.

§. CCXLVII et CCXLVIII.

VIDIMUS hactenus omnes tutorum species: jam de eorum officiis agendum. Quod præcipue in eo consistit, ut negotiis pupilli interponat auctoritatem. Ergo de hac dicendum paullo adcuratius. Diximus supra (§. 104.), *tutelam esse vim et potestatem in capite libero*. Monuimus etiam, *vim* plus esse quam *potestatem*, et vim tutores exercere in infantes, potestatem in adultiores. *Infantia* autem durat jure Romano usque ad annum VII ætatis, *l. 14, ff. de sponsal.* Tempus ab anno VII usque ad pubertatem in duas æquales partes dividitur, et priore tempore aliquis *infantiæ proximus* dicitur, posteriore *pubertati proximus*. Hinc

Puer est	infans usque ad annum......	7
	infantiæ proximus ad annum..	10 ½
	pubertati proximus ad annum.	14
	pubes completo anno........	14
	plene pubes completo anno...	18
	majorennis completo anno....	25
Puella	infans ad annum............	7
	infantiæ proxima ad annum...	9 ½
	pubertati proxima..........	12
	pubes completo anno........	12
	plene pubes anno...........	14
	majorennis anno............	25

Hi termini ætatis probe observandi, nec confundendi a studioso juris. Ut vero jam hæc adplicemus, facile patet, majorem esse tutoris potestatem in pupillum infantem, quam in infantiæ vel pubertati proximum. Si pupillus est infans, hinc nihil agere potest, sed omnia ejus nomine agit

tutor, et sic hic *administrare* dicitur, *l.* 1, §. 2, *ff. de administr. tutor.* Sin vero pupillus est infantiæ vel pubertati proximus, tunc pupillus ipse omnia potest agere, modo præsente et consentiente tutore id faciat, qui tunc *auctoritatem interponere* dicitur, *l.* 9, *ff. de adquir. hered.* Exemplis res fiet clarior. Pupillus infans non potest contrahere, adire hereditatem, solvere: sed hæc omnia ejus nomine eoque plane inscio agit tutor. Contra pupillus septennio major ipse recte contrahit, recte adit hereditatem, recte solvit, modo præsens sit tutor et *auctoritate ejus fiat.* Revera itaque *auctoritas* ab *augendo* dicitur, quia tutor auget et supplet, quod personæ pupilli deest. Infans enim ob defectum rationis quasi non est persona, ergo ejus nomine agit tutor. At infantia major est persona quidem, sed veluti dimidia, ob infirmitatem judicii. Quod ergo deest huic pupillo, id supplet tutor ejusque personam *auget*, dum præsens consentit; et hinc ejus consensus dicitur *auctoritas.* Hinc eleganter in *l.* 32, §. 2, *ff. de adqu. possess.* dicitur *infantis judicium suppleri auctoritate tutoris*; quamvis ibi infans accipi videatur latiore sensu pro omni pupillo.

Hæ variæ juris Romani, circà puerorum ætatem, differentiæ et distinctiones, non sunt usûs hodierni. Codex enim noster, *art.* 450, generaliter tutori demandat pupilli et rerum pupillarium administrationem. Ergò tutoris auctoritas, qualis apud Romanos exigebatur, apud nos non habet locum. Tutor enim secundùm jus hodiernum, non intervenit in negotiis quæ pupillus ipse contrahit, sed solus pupillum repræsentat in omnibus actibus civilibus, *art.* 450. In eâ etiam sententiâ est egregius vir Berthelot *ad Instit. h. t.*

§. CCXLIX.

Ex his principiis fluit jam definitio *auctoritatis.* Est nimirum *actus legitimus, quo tutor, quod pupillus infantia major gerit, et ex quo deterior ejus conditio fieri possit, sollemniter adprobat.* Explicanda erit hæc definitio per partes. Dicimus 1°. esse *actum legitimum.* Id quidem a priori demonstrare non possumus, nusquam enim in universo jure ita dicitur auctoritas tutoris: sed id tamen a posteriori liquet. Omnia enim, quæ de actibus

legitimis dicuntur in *l. 77, ff. de R. J.* etiam quadrant auctoritati tutorum. Ea non admittit procuratorem, non admittit conditionem, non diem quoque. Immo et verbis sollemnibus in interponenda auctoritate opus fuisse, ostendimus *in Antiq. Rom. lib. 21, §. 3.* Ergo cum omnia adsint actuum legitimorum requisita, nihil prohibet, quo minus dicamus, auctoritatem tutoris esse actum legitimum. Dicimus, 2°. *quo tutor, quod pupillus infantia major gerit, adprobat.* Si enim pupillus adhuc sit infans, nihil gerit, ut ad paragraphos superiores diximus, sed tutor tunc administrat, et omnia pro pupillo agit, ergo nec auctoritatem interponit. Dicimus, 3°. *ex quo deterior ejus conditio fieri possit.* Nam paullo post videbimus, posse quidem pupillum meliorem facere conditionem suam etiam sine auctoritate tutoris, non autem deteriorem. E. g. si quis pupillo aliquid donat, id valet, etiamsi non præsens sit tutor, nec id adprobet: si autem alteri quid promittit pupillus, nulla nascitur ex illa promissione obligatio, nisi præsens tutor factus sit auctor. Denique addimus 4°. *sollemniter adprobat.* Vidimus enim, auctoritatem esse actum legitimum, legitimos autem actus sollemniter fuisse explicandos, diximus §. 70.

Habemus auctoritatis definitionem, ex qua fluunt tria axiomata: 1°. *Auctoritas est actus legitimus.* 2°. Ea opus est, quoties quid geritur, quo deterior fieri posset pupilli conditio. 3°. Tutor hac auctoritate supplet judicium pupilli. De singulis jam speciatim agemus.

§. CCL.

Primum axioma est: *Auctoritas est actus legitimus.* Ex eo duæ conclusiones fluunt. (I.) Quod tutor præsens interponere debeat auctoritatem, et quidem in ipso negotio, §. *2, Inst. h. t.* Ergo non erat validum negotium, si tutor absens per litteras consensisset, aut si rem a pupillo gestam postea ratam habuerit vel confirmarit, *l. 9, §. 5, h. t.* Actus enim legitimi non admittebant procuratorem, adeoque in propria persona erant explicandi, *l. 77, de R. J.* His obstare videntur duæ leges. Nam 1°. in *l. 9, §. ult. ff. h. t.* dicitur: *posse me absenti pupillo aliquid*

vendere per litteras, modo is tutoris auctoritate consentiat? Sed resp. hanc legem nobis non adversari. Potest enim absens quis contrahere cum pupillo, sed non debet a pupillo absens esse tutor, sed ei contrahenti coram et præsens consentire. Paucis: Is, quocum contrahit pupillus, potest esse absens, sed tutor, cujus auctoritate contrahit, præsens esse debet. 2°. Objici posset *l. 25, §. 4, ff. de adqu. vel omitt. hered.* ubi dicitur expresse, *auctoritatem posse perfecto negotio interponi;* quum tamen nos dixerimus, in ipso statim negotio, non eo jam perfecto, interponendam esse auctoritatem. Hoc dubium tanti visum est Jacobo Gothofredo, Jurisconsulto adcuratissimo, ut in *Comment. ad l. 29, ff. de R. J.* textum emendare non dubitet et pro, *perfecto negotio*, legere, *provecto negotio.* Sed non opus est tam violenta medicina. Auctoritas omnino interponenda perfecto negotio, sed non jam pridem perfecto, verum statim simulac perfectum est, e. g. simulac pupillus dixit: promitto centum, statim perfecta hac promissione tutor debet addere: auctor fio. (II.) Quod tutor auctor fieri debeat pure, non sub conditione, e. g. non debet dicere: Consentio, si id utile erit pupillo meo, sed pure: Consentio. Rationem jam reddidimus, quia actus legitimus non admittit conditionem, *l. 123, ff. de R. J.*

§. CCLI et CCLII.

Alterum axioma est: *Auctoritate tutoris opus est, quoties deterior fieri possit conditio pupilli.* Meliorem enim conditionem suam facere pupillus potest etiam sine tutoris auctoritate, non autem deteriorem, *pr. Inst. h. t.* At quando dicitur meliorem conditionem suam reddere? et quando deteriorem? Resp. *Meliorem* reddit conditionem suam pupillus, quoties alter ipsi obligatur, e. g. quando alius pupillo promittit, donat, commodat: *deteriorem* autem, quoties pupillus se obligat alii, e. g. si pupillus alteri promittit, donat, commodat. Inde jam fluunt duæ perelegantes conclusiones: (*a*) quod pupillus sine auctoritate sibi ab alio stipulari et quocumque titulo lucrativo adquirere possit. Sic enim alius pupillo, non ipse alii obligatur. Ergo potest pupillo, absente tutore,

receiving payment

promitti, donari, etc. (*b*) quod contractus bilaterales cum pupillo initi claudicent, i. e. alter pupillo obligatur, sed pupillus non obligatur alteri, si tutoris auctoritas non accessit. E. g. pupillo mercator vendidit horologium aureum pro 100 florenis sine tutoris auctoritate, pupillus tutori indicat, se emisse, tutori placet pretium, mittitque, qui illud numeret. Mercator, quem interea venditionis pœnituit, negat se 100 florenis venditurum, nec ex contractu cum pupillo inito se obligari putat. Quæritur, an obligetur? Omnino. Sed si pupillum vellet cogere mercator, ut pretium solvat, recte responderet pupillus, se sine tutore non obligari potuisse. At injustum videtur, mercatorem obligari, pupillum non obligari ex eodem contractu. Sed resp. id non esse absurdum. Sibi enim imputare debet, qui cum pupillo sine tutore iniit contractum, adeoque nec ægre ferre, quod contractus hic claudicet, nec sit ex utraque parte obligatorius.

Quoties minor aliquo contractu læsus est, toties restutionem petere potest, *art. 1305*. Non restituitur enim tanquam minor, sed tanquam læsus, et tantùm in casibus lege prævisis. *art. 1125*.

§. CCLIII.

Sed maxima hic dubitatio oriri posset de aditione hereditatis, an et illa tutoris auctoritatem exigat? Posset videri supervacua hæc auctoritas, quia hereditatem adiens conditionem suam reddere soleat meliorem et hoc casu opus non sit auctoritate tutoris; secundum regulam nostram expositam §. 251 : et tamen leges diserte vetant pupillum sine tutoris auctoritate adire hereditatem, *l. 9, §. 3, ff. h. t. §. 1, Inst. h. t.* Quænam ratio? Plerique dicunt, id ideo prohibuisse leges, quia hereditatis aditio sit periculosa ob latitans æs alienum. Sed hæc ratio non sufficit. Nam in *§. 2, Inst. h. t.* expresse dicitur, pupillum non adire posse sine tutore, *licet hereditas lucrosa sit.* Alia itaque, et quidem duplex ratio observanda : 1°. Quia aditio hereditatis est quasi contractus, quo se adiens obligat legatariis et fideicommissariis ad exsolvendum id, quod ipsis testamento relictum, *l. 8, pr. ff. de*

adqu. her. Atqui obligare se non posse pupillum sine tutoris auctoritate, diximus ad §. 251. 2°. Aditio hereditatis erat actus legitimus, *l. 77, ff. de R. J.* Atqui actus legitimi explicari a pupillo non poterant sine auctoritate tutoris, *l. 19, ff. h. t.* Ergo opus erat in adeunda hereditate auctoritate tutoris. Q. E. D.

Jure nostro, pupillus hereditatem sibi delatam adire non potest; immò nec ejus tutor, nisi auctoritate consilii familiæ; immò nec auctoritate illâ, nisi ita concepta sit, ut adeat sub inventarii beneficio. *art. 461.* Pariter, pupillus hereditatem repudiare non potest; nec tutor ejus, nisi ut dictum est, ita volente id consilio familiæ. Quin; eo etiam casu, hereditas à tutore pupilli repudiata nomine, ab eodem tutore cum novâ auctorisatione recuperari potest in specie. *art. 462.*

§. CCLIV et CCLV.

Tertium axioma est : *Tutor auctöritate sua supplet judicium pupilli.* Inde denuo variæ conclusiones. 1°. Tutor fieri non potest auctor in rem suam, §. *3, Inst. h. t.* i. e. non potest tutor interponere auctoritatem in negotio, quod inter tutorem et pupillum intercedit. Ratio hæc est : Dum tutor supplet judicium pupilli, ipse et pupillus quasi unam et eamdem personam constituunt. Una persona non potest secum ipsa contrahere : ergo nec tutor cum pupillo ita, ut ipse auctor fiat. Ex eo porro sequitur, 2°. tutorem a pupillo emere non posse, *l. 43, §. 7, ff. de Contr. Emt.* Sic enim tutor fieret auctor in rem suam, quod fieri non posse diximus. Addita tamen est exceptio : Posse nimirum tutorem rem pupillo emere sub hasta, i. e. uti nos loquimur, by Budel-Gold, per modum auctionis, *l. 5, C. de contr. emt.* Ratio est, quia ibi lædi non potest pupillus, cum pretium ibi non conventione definiatur, sed licitatione, ita ut plus licitanti semper res addicatur. 3°. Si lis oriatur inter tutorem et pupillum, *pupillum accipere debere specialem curatorem in litem.* Pupillus enim litem contestans quasi contrahit; qui quasi contrahit, se obligat; obligare se pupillus non potest sine auctoritate tutoris; tutor autem fieri non potest in rem suam; ergo alius dandus est, qui auctor

fiat. Q. E. D. Is olim vocabatur *tutor prætorianus*, ut adparet ex Ulpiani *fragm. Tit. XI*, §. 24. Sed Justinianus eum *curatorem in litem* vocare maluit, quia tutorem habenti dari non soleat tutor.

1°. *Auctor in rem suam.*] Tunc agit quem Galli vocant *subrogé tuteur. art. 420.*

2°. *A pupillo emere non posse.*] Ita planè *Cod. Nap. art.* 1596.

3°. *Specialem curatorem.*] Vide *not. penult. ad hunc* §.

§. CCLVI.

Superest, ut de usu hujus tituli dicamus; ubi observamus paucis : 1°. Hodie non esse auctoritatem actum legitimum, et hinc etiam absente tutore per litteras, imo et, peracto jam pridem negotio, per ratihabitionem interponi posse. Et quis hodie tutori hoc imponeret onus, ut, si e. g. pupillus in Academia viveret, et ibi aliquid emeret, tutor cogeretur eo proficisci et præsens interponere auctoritatem? 2°. Hodie non magnum discrimen observari inter pupillos infantes et infantia majores. Nam sane tutores fere omnia hodie sine pupillis agunt, cujuscumque sint ætatis, unde magis *administrant* hodie tutores, quam *auctoritatem interponunt*, secundum ea, quæ diximus §. 247, sq. Reliqua omnino usu recepta sunt, et hinc nec hodie pupillus obligatur, hereditatem adit, promittit sine tutoris auctoritate: nec hodie contractus cum pupillo, absente et non consentiente tutore, initus obligat ex utraque parte, sed est claudicans tantum, etc.

TITULUS XXII.

Quibus modis tutela finitur.

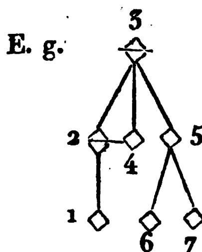
§. CCLVII.

Pertractavimus hactenus tres partes ad tractatum de tutela pertinentes. Vidimus enim (α) in genere, quid sit tutela? (β) quotuplex sit? (γ) quodnam sit tutoris offi-

cium? Sequitur jam quarta pars *de modis, quibus tutela finitur.* Et hic quidem titulus est facillimus. Omnes enim modi nituntur hoc axiomate: *Cessante tutelæ caussa, cessat tutela.* Caussa illa tutelæ est *tuitio ejus, qui per ætatem se sponte defendere nequit*; ut diximus in definitione tutelæ §. CCIII. Ergo si defensione vel opus non est, vel ea præstari a tutore nequit, tutelam finiri oportet.

§. CCLVIII.

Ex hoc axiomate facile patet, *morte* solvi tutelam, sive moriatur tutor, sive pupillus. Ille enim ubi ad patres abiit, pupillum tueri nequit: hic properantibus fatis exstinctus defensione viventis non indiget: ergo cessat utroque casu tutela. Ex eo colligitur quoque, tutelam ad heredes non transire. Est enim munus publicum (§. 204.), et quidem personale. Quod munus personale est, id cum persona exspirat adeoque non transit ad heredes. Ergo si pater meus fuerit tutor vel a testatore vel a prætore datus, ego illi mortuo non succedo in tutela. Est et alia hujus rei ratio, quia tutores a testatore et prætore ex singulari fiducia in personis aliquibus collocata dantur. Personæ ergo fides et industria eligitur. Ea fiducia vero non semper in heredibus quoque poni potest, nec eorum semper eadem est fides et industria: ergo nec tutela ad heredes transit. Excepta tamen est



tutela legitima, quæ omnino ad heredes transit, si sint proximi agnati et habiles. In hoc schemate fingamus, primum impuberem accipere debere tutorem. Proximi ejus agnati sunt quartus et quintus, ipsi in tertio gradu

juncti. Ergo hi fiunt tutores, et quidem simul, quia sunt pari gradu (§. 220.). Fingamus jam, quartum et quintum ante primi pubertatem diem obire supremum, sic tutores erunt quinti heredes, sextus et septimus, modo ipsi sint majorennes et habiles. Cur vero? Quia exstinctis quarto et quinto fiunt agnati proximi, et ita intelligenda, *l. 26, §. 1, ff. de tut. l. 46, ff. famil. erc.isc.*

Vide *notam ad* §. *260.*

§. CCLIX.

Alter modus, quo tutela finitur, est *capitis deminutio.* Quia enim illam morti comparari supra vidimus (§. 224.), *l. 209, ff. de R. J.* eumdem etiam effectum tribuunt Jurisconsulti capitis deminutioni, quem habet mors. Quia ergo morte finitur tutela, ergo et capitis deminutione eam finire censuerunt. Sed probe tamen notanda differentia inter capitis deminutionem *pupilli* et *tutoris.* Pupillo enim capite deminuto tutela finitur, sive maximam passus sit, sive mediam, sive minimam. Tutor autem tutelam quidem amittit per capitis deminutionem maximam et mediam, non autem minimam, §. *1*, §. *3*, §. *4*, *Inst. h. t.* Ratio est hæc: Si pupillus maximam capitis deminutionem patitur, fit servus; si mediam, fit peregrinus; si minimam, fit filiusfamilias per arrogationem. Atqui servus non potest esse sub tutela, quia tutela est potestas in capite libero (§. 203.), nec peregrimus, quia tutela est jus civibus Romanis proprium (§. 207.), nec filiusfamilias, quia is est sub patria potestate, et patrem habenti tutor non datur (§. 207, 2.). Quod vero tutor capitis deminutionem passus maximam vel mediam, amittat tutelam, eam habet rationem, quia servus et peregrinus non possunt esse tutores, quippe incapaces muneris publici (§. 205, 2.). Minima autem capitis deminutio tutori ideo non nocet, quia et filiusfamilias potest tutor esse, et in muneribus publicis pro patrefamilias habetur, *l. 9, ff. de his qui sui vel alieni.* Exceptio quidem olim erat in tutoribus legitimis, qui et minimam passi capitis deminutionem tutela privabantur, quia illius fundamentum erat jus agnationis: id vero omni capitis deminu-

tione tollebatur (§. 222.). Sed quum hodie per *Novellam 118, c. 145*, etiam cognati fiant tutores (§. 221.), cognatio autem minima capitis deminutione non tollitur: hinc hodie cessat exceptio, et universalis fit regula, *tutor minimam passus capitis deminutionem tutelam numquam amittit.*

Vide *notam ad* §. *seqq.*

§. CCLX.

Tertius modus, quo finitur tutela, est *Pubertas.* Datur enim tutor, quia pupillus *propter œtatem se ipsum defendere sponte nequit.* Ea vero cessat ratio, si jam justæ sit ætatis, vel pubes. Ergo tunc et tutela finitur. Sed quæritur, quando quis fiat pubes? Hic lis fuit inter veteres sectas. Proculeiani pubertatem æstimandam putabant ex corporis habitu: Sabiniani ex annis, nempe 14 in masculis, 12 in feminis. Javolenus Priscus, quasi conciliaturus hos dissentientes, utrumque putabat conjungendum. Qua de re exstant duo loci hic conferendi omnino. Unus Ulpiani *in Fragm. Tit. II*, §. *28.* Alter apud Servium in *Schol. ad Virgil. Æneid. lib. VII, v. 93, et Eclog. VIII, v. 34.* Sed Justinianus hanc litem definivit in *Leg. fin. C. quando tut. esse desin. et pr. Inst. h. t.* et sententiam Sabinianorum confirmavit. Et recte quidem, sed ita tamen, ut non videatur imperator Proculeianos intellexisse. Dicit enim, sæculi sui pudore indignam esse indecoram corporis inspectionem, qua pubertatem explorandam judicarint Proculeiani. Sed *habitus corporis*, ex quo Proculus explorari voluit pubertatem, non videtur significare inspectionem partium verendarum, sed externi corporis habitus, an scil. barba propullulet? an vox fiat mascula? Id explorari jubebant Proculeiani. Vid. *Antiqu. Rom. h. t.* Equidem V. A. Corn. van Bynkershoeck, *Observat. lib. III, c. 24*, et Gundlingius *in Gundlingianis, Part. XXIV, diss. 7*, operose probant, inspectionem verendarum partium olim omnino et in exploratione pubertatis receptam fuisse. Sed omnia exempla pertinent ad quæstiones nuptiales, e. g. si lis erat, an sponsus sit

habilis ad matrimonium? an inire possit feminam? quibus casibus et hodie aliquando inspectio a judice decernitur. Sed si quæstio erat de finienda tutela, nunquam sane factam credo ejusmodi explorationem genitalium, adeoque Justinianum hic manifesto Proculeianos non intellexisse arbitror. Utut se res habeat, hodie pubertas semper ex annis judicatur, et pueri quidem, si annum 14 superarunt, quia tunc exegerunt duos annos climactericos, puellæ autem, si annos 12 habent, quia videtur

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.

Jure Codicis nostri, tutela pubertate non finitur, nisi puberes pupilli emancipentur : si minimè, finitur tantùm tutela cùm majores esse cœperint : si antequàm majorennitatem vel emancipationem consecuti fuerint, moriantur, tutela cum ipsis perit; sed si dùm in tutela sunt, tutor eorum è vitâ migraverit, dicendum est eos non tam à tutelâ quàm à tutore liberari. Idem dic de morte civili tutoris. *art.* 25. Adoptione verò tutela non finitur, quia minores adoptari nequeunt. Vide *not. ad* §. 184.

§. CCLXI.

Quartus modus est *veniens dies* vel *existens conditio*. Sed, hunc modum ad solam tutelam testamentariam pertinere, monuimus. Solo enim testamento tutor dari potest *in diem* vel *sub conditione* (§. 213, 5); non autem tutor a prætore constitutus, uti pluribus probatum §. 245. Hinc si e. g. pater in testamento scripserit; Titius tutor liberorum meorum esto per quinquennium; vel, tutor esto, si sine liberis erit : tunc elapso quinquennio, vel si liberos procreet tutor, tutela cessabit, quia jam venit dies et conditio existit.

§. CCLXII.

Quintus modus, quo finitur tutela, est *excusatio*; et sextus *remotio suspecti tutoris*, §. *ult. Inst. h. t.* Et de his modis jam agi debuisset, sed quia hi modi tutoribus et curatoribus sunt communes, et utrique tum *excusari*, tum tamquam *suspecti removeri* possunt, hinc hanc

tractationem Imperator rejecit in titulos ultimos hujus libri, quo et nos rem integram servabimus.

§. CCLXIII.

Jam vero majoris momenti quæstio est, quid tutori incumbat finita tutela? Resp. ut rationes reddat et reliqua restituat. Hoc ex ratione tutelæ fluit. Datur tutor primario personæ: secundario rei, (§. 106 *). Qui res alienas administrat, is tenetur ad rationes reddendas, ergo et tutor. Non prius autem jure Romano rationes reddit, quam finita tutela, *l. 9, §. 4, ff. de tut. et rat. distrah.* quia administratio rerum non prius cessat. Sed quid, si nolit tutor rationes reddere? Tunc locus est *actioni tutelæ* cum actionibus *de suspectis tutoribus et de rationibus distrahendis* non confundendæ. Differunt enim et *tempore*, quo instituendæ sunt, et *fine*, quem intendunt. *Actio de suspectis* instituitur *durante tutela*, si tutor non ex fide gerat: *actio tutelæ* instituitur *finita tutela et rationibus nondum redditis: actio de distrahendis rationibus jam redditis* quidem, sed male et fraudulenter redditis. Primæ actionis finis est, ut tutor *removeatur*, secundæ, ut *rationes reddat*, tertiæ denique, ut rationes ab illo redditæ *distrahantur, et, si quid subtraxerit, ejus duplum restituat.* Ceterum de actione tutelæ observandum, eam 1°. esse vel *directam* vel *contrariam. Directa* datur pupillo post pubertatem contra tutorem ejusve heredes ad reddendas rationes et reliqua restituenda: *contrariam* vero instituit tutor finita tutela adversus pupillum, ut se indemnem præstet, e. g. si tutor in rem pupilli impensas fecerit, si damnum sine culpa sua ex tutela passus sit, etc.

Observandum de eadem actione, 2°. quod directa actio infamet, si tutor propter dolum vel culpam latam fuerit condemnatus, *l. 1, ff. de his qui not. infam.* Quo majorem enim in eo collocamus fiduciam, quem tutorem damus pupillis, eo turpior est dolus, quo pupillum circumvenit, et hinc ille merito infamia coercetur.

Ut rationes reddat.] Ita *Cod. Nap. art. 469 et seqq.* Adde *Code de Procéd. art. 527 et seqq.*

§. CCLXIV.

Superest *Usus* hujus tituli, qui omnino negari nequit. Omnes enim modi finiendi tutelam adhuc in viridi sunt observantia, præter solam forte capitis deminutionem maximam et mediam. Recepta quoque procul dubio *actio tutelæ*. Sed id tamen singulare est: (α) Quod plerisque locis anno 14 tutela quidem finiri dicitur, sed tamen tutor sub nomine curatoris eadem fere auctoritate continuat administrationem usque ad majorennitatem. Ita sane se res habet apud gentes fere omnes originis Germanicæ, et hinc eruditi recte docent, Germanos differentiam tutorum et curatorum plane ignorasse; ceu clare Jo. Ge. Beyerus, Jurisconsultus olim Wittebergensis, singulari dissertatione demonstravit. (β) Id quoque singulare est, quod in universa Germania per *recess. imper. 1648* rationes a tutore non demum finita tutela reddendæ sint, sed quotannis, idque magistratus cujusvis loci ex officio urgere debeat, quamvis nulla actio tutelæ instituatur, quam etiam impubes instituere non potest, quia non habet personam standi in judicio. Reliquæ, ut dixi, hujus tituli doctrinæ ubique hodienum in viridi sunt observantia.

TITULUS XXIII.

De Curatoribus.

§. CCLXV.

Quæ hactenus pertractavimus, ad solam tutelam pertinent. Sequitur jam *curatio* vel *curatela*. *Curare et procurare* sæpe sunt synonyma, quemadmodum et *curator* et *procurator*. *Procurare* autem et *curare* est negotia aliena administrare vel bonorum alterius curam suscipere; veluti apud *Plaut. Epidic. Act. 1, Scen. 2, v. 27.*

Quod ad me attinuit, curavi, quod mandasti mihi.

Idem in *Mostell. Act. 1, Scen. 1, v. 24.*

Hoccine mandavit tibi, quum peregre hinc ivit senex?
Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?

Et alibi passim. Unde et a Corn. van Bynkershoek. *Obs. II,* 20 animadversum est, procuratores Cæsaris etiam *curatores Cæsaris* dictos. Add. *l. 1, C. si tut. vel cur. inter.*

§. CCLXVI.

Ex hac vocis significatione jam statim fluit definitio curatoris et curatelæ. *Curatela* nimirum est *potestas administrandi bona et rem familiarem eorum, qui rebus suis ipsi superesse nequeunt.* Dico, 1°. *potestas,* non adquisitiva, qualis est patris in filios, domini in servos? sed *directiva*, qualis omnibus rerum alienarum administratoribus competit. Dico, 2°. *administrandi bona et rem familiarem.* Quemadmodum enim tutor personam pupilli tuetur adeoque tutela est vis et potestas ad tuendum eum, qui per ætatem ipse se defendere nequit, *l. 1, ff. de tut.* ita curatela est potestas administrandi *res* vel *bona.* Addo, 3°. *qui rebus suis ipsi superesse nequeunt.* Ergo curatores dantur iis, qui quidem plenæ sunt personæ et perfectæ, id est, puberes', sed tamen ob aliud impedimentum res suas ipsi curare non possunt, quales sunt *minores, furiosi, prodigi, perpetua valetudine oppressi, absentes, etc.*

§. CCLXVII.

Ex hac porro definitione per se patet, quænam sint inter tutorem et curatorem differentiæ. Videbimus illas omnes. 1°. Tutor primario datur personæ, secundario rebus: curator primario rebus, secundario personæ (§. 207.) 1°. Pupillus enim est persona veluti dimidia, et hinc integranda et supplenda per tutorem ejusque auctoritatem: at pubes est persona plena et perfecta, adeoque opus non est, ut supplementum accedat per tutorem. Quia tamen non semper est paterfamilias bonus et frugi, hinc ei adjungendus curator, qui bonis administrandis invigilet, detque

operam primario, ne ea quidquam detrimenti capiant, quamvis secundario etiam personæ adsistat. En primum discrimen, de quo evolvendæ leges allegatæ, et simul repetenda, quæ supra diximus (§. 247.), 2°. Tutor interponit *auctoritatem*, quia veluti personam auget et defectum impubertatis supplet, *l. 32, §. 2, de adqu. vel amitt. possess.* curator autem, quia puberum personæ nihil deest, non auctoritatem, sed consensum interponere dicitur. Unde in ff. tit. VIII, Lib. XXVI, inscribitur: *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*, ut adeo auctoritas ad tutores, consensus ad curatores pertineat. 3°. Tutorem habenti tutor dari non potest, at curator tamen dari potest, e. g. si lis inter tutorem et pupillum oriatur; tunc enim interea datur curator in litem, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest (§. 254.), *l. 27, ff. de test. tut. l. 21, §. ult. ff. de excus. l. 38, §. 8, ff. de administ. tut. l. 17, ff. de tut. l. 15, de tut. dat.*

Confer *notam ad* §. 248.

§. CCLXVIII.

Sed jam, quotuplex sit curatela, disquirendum erit. Tutelam supra divisimus in testamentariam, legitimam et dativam (§. 208, 209.), an et curatelæ totidem sunt species? Resp. minime. Datur quidem *curatela legitima*, quæ proximis agnatis vel cognatis defertur. Datur etiam *dativa*, quæ a magistratu mandatur. Ast testamentariæ plane non est locus. Nam 1°. Lex XII Tabb. parentibus quidem permiserat *legare vel testamentum condere de tutela suæ rei* (§. 208.). Ulpian. *Fragm. tit. XI, §. 14*, non autem de curatela suæ rei. 2°. Absurdum videbatur, patrem de curatela disponere in id tempus, quo filius ipse possit condere testamentum. Quemadmodum ergo substitutio pupillaris cessat pubertate, quia pater non potest filio heredem instituere in id tempus, quo ipse filius testari et heredem constituere potest, *l. 14, ff. de vulg. et pupill. substit.* ita et tutorem dare potest ad tempus pubertatis, non autem curatorem post pubertatem, quia tunc filius ipse testamentum condit, adeoque provisio paterna eo usque pertingere non potest. Est itaque cura-

tela vel *legitima* vel *dativa* : *Legitima* est, quæ competit ex lege proximis agnatis et cognatis; eaque est vel *furiosorum* vel *prodigorum* : *Dativa*, quæ defertur a magistratu; estque vel *minorum*, vel *morbo impeditorum*, vel *absentium*, quæ omnia hic occupare voluimus, quamvis §. 273, demum ea de re in libello disseruerimus.

I. Prima species curatelæ legitimæ est *curatela furiosorum*. Legibus enim XII Tabb. cautum fuerat, ut furioso curatores essent proximi agnati et gentiles, Cic. *Quæst. Tusc. lib. 3, cap. 11.* Quinam sint agnati, quinam gentiles, hic non repetimus. Rem totam explicavimus supra §. CCXX. ostendimusque, agnatos esse omnes ejusdem cognominis, gentiles omnes ejusdem nominis, e. g. Cicerones omnes Ciceronis erant agnati, omnes Tullii ejusdem gentiles; illi enim ex eadem cum illo familia (*de la même branche*), hi ex eadem gente (*de la même maison*) prodierant. Qui ergo in furorem incidebat, illi curator adjungebatur frater : si fratrem non haberet, patruus; si patruus non adesset, alii remotiores, eodem modo, uti supra de tutela legitimorum ostendimus (§. 220 et 221.); ubi etiam observavimus, hodie ob *Nov. 18, cap. 4*, inter agnatos et cognatos non esse differentiam, adeoque illi non modo, sed et hi ad curatelam vocantur. Sunt, qui curatelam furiosi hodie legitimam esse negant, ob *l. 6 et l. 13, ff. de curat. furios.* ubi magistratus furiosis curatores dicuntur dare cognita caussa. Si itaque magistratus dant, sane non erunt curatores legitimi. Sed responsio latet in illa ipsa lege 13, ubi additur : prætorem non facile præteriturum propinquos, qui habiles sint. Legitima ergo recte vocatur et hodie hæc curatela, 1°. quia est ex Leg. XII Tabb. 2°. quia iisdem competit, quibus lex defert successionem ab intestato. Quod autem magistratus jure novo curatores furiosis caussa cognita dare cœperint, id inde factum, quia sæpe propinqui cognati alicujus bonis inhiantes eum furiosum esse dicerent, eoque colore bona ejus invaderent tamquam curatores legitimi. Cujus rei lepidum exemplum exstat in *Plaut. Menæch. act. V, scen. II, v. 75 seqq.* ubi mulier ejusque pater Menæchmum Sosiclem habent

habent pro furioso, cum sit satis sanus: imo et ad medicum illum rapi jubent, ut ibi curetur, quum ipso medico magis sapiat. Ne itaque ita illuderetur aliorum simplicitati, prætor quidem promisit, agnatos se admissurum esse ad curatelam furiosorum, sed non nisi caussa cognita, si scil. sibi prius liquido constet, furere illum, cujus curatelam ambiunt. Ceterum obiter noto, apud Latinos inde natum esse elegans proverbium, *ad agnatos et gentiles remittendus*; quo utebantur, si quem non sanæ mentis esse significarent.

I. *Curatela furiosorum.*] Codice nostro, furiosi et mente capti non sunt in curatela, sed in tutela. *art.* 505 *et* 509. Et rectè, personæ enim causâ præcipuè datur. *art.* 510.

§. CCLXIX.

II. Sequitur altera legitimæ curatelæ species, puta *prodigorum*. Nam et hi æque sub curatione agnatorum et cognatorum erant, ac furiosi, quia et ipsi furiosum rerum suarum exitum facere dicebantur, *l.* 12, §. 2, *ff. de tut. dat.* Unde omnia hic repetenda, quæ §. CCLXVIII diximus. Est et hæc curatela ex XII Tabb. non quod expresse in illis mentio istius fieret, sed quod per interpretationem extensivam ex illa eliceretur a Jurisconsultis. Nimirum Jurisconsulti existimabant, ratione œconomiæ nihil interesse inter furiosum et prodigum. Quum ergo curator detur furiosis, quia male res suas disperdunt, talem etiam merito dandum prodigis; quia, *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet.* Id modo explicandum superest, quinam sint *prodigi?* Respondeo, distinguendum esse prodigos juridice et moraliter tales. *Morales* dicuntur *prodigi*, quicunque impensarum nec modum nec finem faciunt, adeoque abliguriunt bona sua. Sed in hoc sensu hic non accipimus vocabulum. Si enim omnes prodigi hujus generis acciperent curatores, verendum esset, ut satis multi futuri sint, quibus curatores constitui possint. At *juridice prodigi* vocantur, quibus a prætore bonis interdictum. Cognita enim caussa ubi prætor reperiebat, aliquem esse prodigum, decretum interponebat, cujus formulam elegantissimam nobis ser-

vavit Paullus *Recept. Sent. lib. III, tit.* 41, §. 7. Quando tu bona paterna avitaque, nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Eo facto, statim sub cura agnatorum ac gentilium esse incipiebat prodigus.

Prodigorum.] Jure novo neque tutor, neque curator datur prodigo, sed consiliarius tantum adhibetur. *art.* 513.

§. CCLXX et CCLXXI.

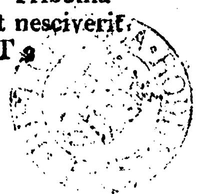
Dativæ curatelæ species prima est *curatela minorum*. An ergo et his curatores dari jusserat leg. XII Tabb.? Minime, idque ob duplicem rationem. Nam 1°. eo tempore, quo XII Tabb. condebantur, severa erat et adcurata Romanorum disciplina, et hinc tam frugi et boni adolescentes, ut iis non opus videretur curatoribus; quod sequiore ævo aliter se habere cœperat, postquam luxus inolevisset. 2°. Quia tantum furiosi et prodigi accipiebant curatores, curatela quodammodo videbatur ignominiosa. Hinc nolebant veteres legislatores ingenuorum adolescentium pudorem sugillare, eosque veluti eodem loco et numero habere cum furiosis et prodigis. Ignominiæ hujus, quam curatelæ adhæsisse diximus, vestigium exstat in *l. 2, ff. si a par. quis manum.* ubi *iniquum* esse dicitur, *ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*. At procedente tamen tempore e republ. fore creditum est, ut minoribus succurreretur, quia lubrico ætatis facile labi possint ac decipi. Et hinc lata lex *Lætoria*, antiquior temporibus Plauti, qui eam *quinam vicennariam* adpellitat in *Pseud. act. I, scen. III, v. 68*. Ea itaque lege 1°. finiti anni majorennitatis, ut majorennes haberentur, qui majores essent XXV annis, *L. 2, C. Theod. de Donat.* 2°. Introductum est beneficium restitutionis in integrum in gratiam minorum ex contractu aliove negotio læsorum. *Plaut. Rud. A. V. scen. 3, v. 25, Priscianus lib. VIII, p. 794, et lib. XVIII, p. 1164*. 3°. Etiam cautum est, ut minoribus 25 annis volentibus (invitis enim curatorem obtrudere ignominiosum videbatur) curatores caussa cognita darentur. Attamen ne sic quidem satis consultum vide-

batur minoribus. Nam (*a*) non omnibus dabatur curator, sed petentibus: (*b*) non dabatur ille, nisi caussa cognita. Hinc Marcus Antoninus imp. demum statuit, ut 1°. omnes adolescentes curatores acciperent, etiam 2°. caussis non cognitis. Vid. *Jul. Capitol. in vita M. Anton. cap. 10*, quem locum in ipso libro nostro in scholio huic §. subjecto interpretati sumus. Ex eo itaque tempore demum omnes minorennes curatores acceperunt.

Apud nos, curator minori datur eodem momento quo emancipatur. Datur autem à consilio familiæ, *art. 480*; non patris testamento. Quia *art. 397* de dando tutore loquitur tantùm. Non ad hoc constituitur curator ut administret; emancipatus enim minor ea gerere valet solus quæ sunt meræ administrationis, *art. 481*. sed solummodò ut consilio minor adjuvet, in his quæ administrationem excedunt; putà inexigendis à tutore rationibus administratæ tutelæ, *art. 480*. et in aliis quæ videre est *in art. 482 et seqq.*

§. CCLXXII.

Sed hic tamen non leve dubium oritur. Nam omnes ex constitut. Marc. Anton. imp. accipiunt curatores, et tamen expresse dicit Justinianus §. *2*, *Inst. h. t.* eos non invitos accipere, sed petentes, quod et repetitur *in l. 13*, §. *2*, *ff. de tut. et cur. dat. leg. 2*, §. *pen. et ult. ff. qui pet. tut. et cur.* Sed respondeo, utrumque consistere posse. Nam curatores non dantur minoribus nisi petentibus et desiderantibus: sed Marcus Antoninus elegans adinvenit medium cogendi juvenes, ut petant. Non prius enim accipiunt rerum suarum administrationem, nec prius tutela finita creditur, quam curatorem petant, *l. 1*, §. *ult. ff. de min. l. 33*, §. *1*, *l. 28*, §. *1*, *l. 31*, *ff. de admin. tut.* Si itaque juvenes tutela volunt liberari, (quod sane volunt omnes) debent petere curatores. Et sic curator datur petentibus, et tamen etiam omnibus. Observanda hæc sunt probe, quia *Ræ† vardus l. 1, var. c. 12.* Dn. Thomasius *in annot. ad Inst.* et alii hic gravissime insectantur Tribonianum, quod scripserit, adolescentes curatores non accipere invitos. Quasi vero probabile sit, Tribonianum jus suorum temporum adeo ignorasse, ut nesciverit,



quidem, an curatores omnibus adolescentibus dentur, nec ne? Id quod sane hodie ne stupidissimus quidem notariorum ignorat, an Triboniano ignotum fuisse dicamus?

§. CCLXXIII et CCLXXIV.

Paragraphum CCLXXIII, jam supra explicavimus cum §. CCLXVIII. Ergo superest tantum, ut videamus, 1°. quis curatores constituat? 2°. quomodo curatela finiatur? 3°. quæ actio adversus curatores detur finita curatela? 4°. quid sit actor, et quomodo a curatore differat?

I. Curatores itaque dant, quicumque dant tutores. Hinc olim curatores dabant in urbe prætor, cum majore parte tribunorum plebis; in provinciis, præsides. Postea et alii magistratus speciali lege hanc potestatem acceperunt, ceu diximus §. 242. Hodie cum omnes magistratus, qui vel civili jurisdictione gaudent, tutores dare possint (§. 246.), etiam iidem dabunt curatores. Ex eodem fluit, omnes, qui tutores esse possunt, posse etiam curatores dari, adeoque et filiosfamilias, modo sint majorennes. Sed id quæritur: An, qui tutor fuit, cogi possit, ut et curatelam suscipiat? Negatur in §. *18, Inst. de excus. tut.* et ratio est, quia incivile est, amicum duplici onere gravare, quum sufficiat, eum in paucis gratificare. At hodie tamen fere ubique receptum est, ut, qui tutor fuit, et curatelam continuet usque ad tempus majorennitatis.

§. CCLXXV.

II. Ad quæstionem, *quomodo finiatur curatela?* facile respondetur. Nam 1°. ex parte ejus, cui curator datus, curatela finitur, quoties caussa, ob quam datus, cessat. Sic e. g. cessante furore, cessat curatio furiosi: cessante prodigalitate, morbo, minorennitate, cessat curatela prodigorum, ægrotantium, minorum. *Cessante* enim *causa cessat effectus.* 2°. Ex parte curatoris curatela finitur, (*a*) per excusationem, e. g. si curator probet, se reipublicæ caussa absentem curatelæ præesse

non posse. (*b*) Per remotionem, puta, si curator non ex fide gerat, et hinc tamquam suspectus removeatur. Sed de his Tit. penult. et ult. dicemus.

In Galliâ sicut Romæ, cessante interdictionis causâ, cessat interdictio. Hoc tamen interest, quòd in Galliâ hæc cessatio non fit ipso jure, sed tantùm servato modo quo in interdicendo fuerat processum. *Cod. Nap. art.* 512. Adde *art.* 514 *in fine.*

§. CCLXXVI.

III. Æque facilis est quæstio, *quæ actio adversus curatorem competat finita jam curatela?* Respondemus, *actio tutelæ*, de qua supra (§. 263.) diximus, verum non directa, sed *utilis*. Quemadmodum itaque finita tutela agit pupillus adversus tutorem, ut rationes reddat, et reliqua restituat; et contra tutor adversus pupillum, ut se indemnem præstet, *l. 1, pr. seq. ff. de tut. et rat. distrah.* ita et curatela finita agit minorennis adversus curatorem, ut rationes reddat, et reliqua restituat; et contra curator adversus minorennem, cujus res curavit, ad consequendam indemnitatem, *l. 3, C. de arbitr. tut.* Hæc facilia. Sed id unicum adhuc dispectionem nostram meretur, cur hæc actio dicatur *utilis*, quum altera, quæ inter tutorem et pupillum competit, dicatur *directa?* Semel hoc monendum, quod sæpius recurret. Quæcumque actiones ex *ipsis verbis* legis fluunt, dicuntur *directæ:* quæ a Jurisconsultis per interpretationem inventæ sunt, quia non quidem ex verbis, sed tamen *ex ratione legis* fluunt, illæ dicuntur *utiles:* quæ denique a prætore præter verba legis inducuntur, illæ vocantur *actiones in factum*. Cujus rei elegans exemplum est in §. *ult. Inst. de l. Aquil.* ubi describitur actio ex lege Aquilia *directa, utilis* et *in factum*. Quia itaque leges XII Tabb. mentionem quidem fecerant *actionis tutelæ*, de curatoribus autem ne verbum quidem adjecerant, hinc Jurisconsulti putarunt, eam actionem tutelæ accommodari etiam posse curatoribus, quia, *ubi eadem est ratio, ibi eadem est juris dispositio*. Et hinc eam actionem vocarunt *actionem tutelæ utilem*.

§. CCLXXVII.

IV. Reliqua est quæstio, *quid sit Actor?* Actor alias significat eum, qui in judicio actionem instituit. Sed hic plane alio sensu accipitur. Est enim hic *actor mandatarius tutoris vel curatoris.* Quemadmodum enim, qui ipse in judicio vel extra judicium res suas administrare nequit, suas vices demandat *procuratori :* ita tutor vel procurator tunc vices demandat *actori, §. ult. Inst. h. t.* Videri hæc possent subtiles verborum captiones. Nam quid interest, sive procuratorem vocemus, sive actorem? Resp. Omnino interest multum. 1°. Procurator enim, ut infra docebimus, fiebat dominus litis, ergo a solo domino constitui poterat, *L. 1, ff. de procons.* Atqui tutor et curator non sunt domini, sed administratores, ergo procuratorem constituere nequibant, sed actorem. Observandum itaque vocabulorum discrimen. Dominus constituit *procuratorem*, universitas *syndicum*, tutor vel curator *actorem.* 2°. Procurator simpliciter personam suam legitimat *mandato domini :* at actor *duplici indiget legitimatione.* Primo enim producit mandatum actorium, a tutore vel curatore datum; deinde *tutorium*, seu instrumentum, quo tutor vel curator a magistratu est constitutus.

Jure nostro, tutor petere potest ut sibi actor adjungatur, qui ipsius tutoris periculo gerat. *Cod. Nap. art. 454 in fine.*

§. CCLXXVIII.

Quod ad *usum* hujus tituli attinet, omnia quidem, quæ diximus, adhuc observantur, præter pauca. Nam 1°. inter tutores et curatores hodie fere nihil est discriminis. 2°. Qui tutor fuit, plerumque etiam est curator. 3°. Majorennes hodie quibusdam locis fiunt citius, e. g. Hamburgi anno æt. 18; in Saxonia anno 21; in superiore Germania anno 20; tam varia est ea in re praxis, quia fere pleræque gentes hunc quoque juris titulum receperunt salvis moribus patriis.

TITULUS XXIV.

De Satisdatione tutorum vel curatorum.

§. CCLXXIX.

Cnf. J. IV. 11

PERGIMUS ad quædam, quæ tutoribus et curatoribus communia esse diximus; qualia sunt *satisdatio*, de qua hoc titulo, *excusatio*, de qua sequente, et *suspecti crimen*, de quo titulo ultimo agitur. Hoc ergo titulo dispiciendum, 1°. quid sit satisdatio? §. 279. 2°. Cur tutores satisdent? §. 280. 3°. Qui satisdent? §. 281-283. 4°. Quæ sint hujus satisdationis effecta? §. 284, 285.

Satisdare aliquando generaliter accipitur, aliquando specialiter, aliquando specialissime vel strictissime. *Generaliter* satisdatio dicitur omnis cautio, sive fiat fidejussoribus seu pignoribus, sive jurejurando, sive nuda promissione, e. g. in *l. 61, ff. de V. S. L. 49, ff. de solut. Specialius* hoc vocabulum accipitur pro cautione per fidejussores et pignora; quæ cautiones alias quoque *idoneæ* appellantur, *l. 59, ff. ult. §. mand. Specialissime* autem satisdatur per fidejussores, *l. 1, ff. qui satisd. coguntur.* Et in hoc ultimo sensu hic accipitur vocabulum, adeoque non aliam cautionem præstare possunt tutores et curatores, quam *fidejussoriam*, idque ob duas rationes. Nam 1°. hæc cautio est prætoria et a prætore exigi jubetur. Cautiones autem prætoriæ semper præstandæ sunt datis fidejussoribus, per *l. 7, ff. de præt. stip.* quæ lex maxime notanda. 2°. Incertum est, quanti interfuturum sit pupilli, i. e. quantum damnum ei illaturus sit tutor. Hinc si pignora mille florenis æstimata dentur, et postea tutor damnum det decem millium, parum sane pupillo hac cautione pignoratitia prospectum esset. Itaque opus est fidejussoribus, qui in omnem eventum caveant, et promittant, *rem pupillo salvam fore.*

§. CCLXXX.

Ex his ergo facile etiam patet, quam ob caussam inventa sit hæc satisdatio. Nam 1°. tutor, quamvis personæ detur primario, tamen et res pupilli administrat: curator autem primario rebus datur. Atqui generalis illa regula est, ut, qui administrant res alienas, et rationes reddant et satisdent. Atque hinc et administratores vel procuratores rerum fiscalium, conductores prædiorum, immo et usufructuarii cavere jubentur, quia rebus alienis utuntur. Ergo et tutores et curatores. 2°. Accedit specialis favor pupillorum. Interest enim reipublicæ, eos, omni auxilio destitutos, vigilantia magistratuum res suas salvas habere. Id vero fieri non posset, nisi satisdare juberentur tutores et curatores.

§. CCLXXXI et CCLXXXII.

Sed tamen cum non omnes tutores vel curatores promiscue satisdare cogantur, quæstio jam tertia incidit, *quibus hoc onus incumbat, vel non incumbat?* Hic nostro more præmittimus axioma generale, ex eoque deinde speciales conclusiones elicimus. *Axioma generale* est: *Omnes tutores vel curatores tenentur satisdare, in quos cadit ulla suspicio.* Nam id ex fine hujus satisdationis, de quo §. 280 diximus, patet. Ideo satisdatur, ut pupilli res salvæ sint. Si ergo nullum periculum sit, ne tutor vel curator res pupilli intervertat, cessante caussa merito etiam cesset effectus, nempe satisdatio. Ex hoc axiomate 1°. discimus, qui non satisdent, 2°. qui satisdare cogantur.

I. Non satisdare coguntur 1°. tutores testamento dati. Cur? Quia pater videtur in morem et fidem illius, quem liberis tutorem dedit, diligenter inquisivisse, ejusque fidem et industriam perspectam habuisse, *l. 7, §. 5, C. de cur. furios.* Cum itaque in hos nulla cadat suspicio, sane per axioma nostrum merito ab hoc onere satisdationis liberantur. 2°. Dati a majoribus magistratibus, veluti prætore, Coss. præsidibus provinciarum. Ratio est, quia hi majores magistratus non solent tutores nisi cum

inquisitione dare. Si ergo diligenter in eorum mores inquisiverant, sane diligenter et fide digni reperti sunt, *l. 13, §. ult. ff. de tut. dat.* Si tales reperti, nulla in eos cadit suspicio. Ergo secundum axioma nostrum non opus est cautione.

II. Contra facile apparet etiam, qui satisdare cogantur. Nempe 1°. omnes legitimi, *l. 5, §. 1, ff. de leg. tut.* Hi enim nec a testatore eliguntur, nec a magistratu: sed immediate a lege vocantur, non quod reliquis sint diligentiores, sed quod sanguine propiores. Ergo in eos cadit suspicio; imo eo magis cadit, quod sunt proximi heredes, et hinc facile hereditatem habere malunt, quam exspectare (§. 218, seq.). Hinc secundum axioma nostrum satisdare coguntur. 2°. Dati a magistratibus minoribus. Nam hi simpliciter tutores dant, non cum inquisitione. Quia ergo sic nec fides datorum tutorum vel curatorum explorata est, hinc in eos cadit suspicio, ergo satisdare jubentur. 3°. Etiam testamentarii, legitimi et dativi, qui se administrationi offerunt, *§. 1, Inst. h. t.* Non enim præsumuntur se oblaturos fuisse, nisi lucrum captarent. Qui hoc captant ex re pupilli, in eos cadit suspicio, ergo tenentur satisdare. Habetis totam rem ejusque nexum cum principio. Sed hic elegans incidit inspectio, si plures sint tutores, vel testamento dati, vel legitimi ejusdem gradus (nam hos omnes a lege simul vocari, supra §. CCXX, 3 diximus), *an tunc omnibus permittenda sit administratio, an ex pluribus unus, et quisnam potissimum præferendus?* Recte censuerunt Jurisconsulti, non expedire pupillo, plures tutores simul administrare. Nam plerumque hujusmodi administratio per plures sparsa negligentiam et confusionem parit, *l. 3, §. 6, ff. de admin. tut.* Hinc distinguitur, utrum *modica* sit tutela, an *diffusior*. Hic dividi potest administratio, ita ut unus e. g. rebus Hollandicis præsit, alter prædiorum Frisicorum curam gerat, tertius pecunias pupilli fœnori locet, etc. Sin *modica* est tutela et modicæ pupilli facultates, tunc, pluribus datis tutoribus, uni defertur administratio, *d. l. 3, ff. §. 2, eod.* Sed cui potissimum? Primo omnium ei, qui se offert, quoniam is tenetur tunc ad culpam levissimam,

l. 53, §. 3, ff. de furt. cujus rei rationem infra (§. 788, 5.) reddemus. Deinde, si nemo se offerat, præfertur is, qui a testatore est designatus, quia ejus fidem et diligentiam quam maxime videtur adprobasse. Porro, nemine designato, ad eum pertinebit administratio, ad quem illam major pars tutorum defert. Quum enim par sit jus omnium, nihil æquius videtur, quam ut plurium suffragiis electus reliquis anteferatur. Denique, nec contutoribus eligentibus, prætoris est, interponere officium, et unum, quem optissimum putat, designare. Multa enim hac in re relinquuntur magistratus officio arbitrioque, adeo ut nec testatoris voluntatem semper sequi, nec eum, qui se sponte offert, reliquis necessario præferre teneatur, ob caussas, quas affert Ulpianus *d. l. 3, §. 3, de adm. tut. et l. 17, §. 12, ff. de test. tutor.* Quisquis autem ex pluribus contutoribus solus administrationem suscipit, reliquis, ut diximus, tenetur satisdare, rem pupillo salvam fore, sive sit testamentarius, sive legitimus, sive dativus. Sed posset quis objicere, neminem per jura nostra alii posse stipulari, quam sibi, *§. 4, Inst. de inutil. stipul.* hic autem contutores ab eo, qui administrationem suscipit, stipulantur, rem pupillo salvam fore, adeoque non sibi stipulantur, sed alii, id est, pupillo: ergo stipulatio illa erit inutilis. Sed respondetur, regulam illam veram esse, sed cum exceptione, *nisi stipulantis intersit, §. 18, Inst. eod.* (conf. infra §. 833, 6, §. 866, 10.). Atqui hic vel maxime interest contutorum, rem pupillo salvam fore. Nisi enim salva sit, ipsi periculum simul sustinent, et actione tutelæ tenentur ad damnum omne pupillo resarciendum (§. 263.).

§. CCLXXXIII.

Sed quæritur, *quomodo* satisdent tutores? Resp. satisdare est cavere datis fidejussoribus. Ergo fidejussores dandi. Porro fidejussio est species stipulationis; quia, si per pactum nudum alterius obligationi quis accedit, non videtur *fidejussisse*, sed *constituisse* (§. 873.). Quum ergo fidejussio sit species stipulationis, unus necessario debebat interrogare: *Tune fide tua promittis, rem pupillo sal-*

vam fore? et aliter congrue respondere? *Fide mea promitto* (§. 829.). Jam nullum est dubium, quis respondere teneatur congrue? nempe fidejussor tenetur. Ast id erat ambiguum, quis interrogare deberet? Si pupillus fari posset, i. e. si esset major annis septem, ipse poterat interrogare, quia et sine auctoritate tutoris rem suam facere poterat meliorem (§. 251.). At quid, si fari non posset? si adhuc esset infans? Tunc sane nec tutor interrogare poterat, quia nondum erat tutor ante satisdationem, nec magistratus vel agnati, quia nemo poterat alteri stipulari, §. *4, inst. de inutil. stipul.* Quid ergo? Respondebant veteres : 1°. pro pupillo interrogare debere servum, quia servus stipulatione sua adquirit domino ejusque stipulatio non nisi ex domini persona valet (§. 848.). 2°. Si servum non haberet, emendum ei esse servum. 3°. Si nec id fieri posset, tunc servum publicum interrogare debere, *l. 2, ff. rem pup. salv. fore.* Si servus publicus interrogabat, satisdare dicebatur *τῷ ταβουλαρίῳ*, tabulario, *Theophil. ad* §. *3, Inst. de adopt.* Servi publici enim erant varii generis : alii erant apparitores magistratuum, alii lictores, alii viatores vel nuntii, alii tabellarii, i. e. ut hodie loquimur, servientes archivo. Et his præcipue incumbebat, ut interrogarent pro pupillis; ceu rem accurate exposuit Amaya, Jurisconsultus elegantissimus, *in Comment. ad Cod. lib. X, tit. 69, l. 3.* Sed, inquis, quo pacto servus publicus poterat stipulari, rem pupillo salvam fore? sic sane ipse et alii stipulabatur, contra regulam, §. *4, Inst. de inutil. stipul.* Sed respondeo : Servus publicus erat servus totius civitatis vel reipublicæ, ergo et pupilli, qui erat istius reipublicæ civis. Ergo non modo toti civitati poterat stipulatione sua adquirere, sed et singulis civibus, si iis nominatim stipularetur. Vidit hoc Jac. Gothofredus, *Comment. ad R. J. p. 322.* Confer. tamen *l. 3, ff. de prœt. stip. et l. 1,* §. *4, ff. ut legator.* Sed hodie his ambagibus non utimur. Nam si satisdatio exigitur, sufficit, si fidejussores vel chirographo suo caveant, vel præsentes ad acta declarent, se fidejubere. Solemnitatem enim illam stipulationum et responsionum in foris nostris numquam recepimus.

§. CCLXXXIV et CCLXXXV.

Reliquum est, ut et de effectu satisdationis tutorum videamus. Effectus hic est, ut tres actiones habeat pupillus finita tutela ad rem suam consequendam, quæ ipsi abest. Nam 1°. *actionem tutelæ* instituit adversus tutores, ut rationes reddant et reliqua restituant; de qua actione supra (§. 263.) diximus. 2°. Si hac actione non recuperat a tutoribus rem suam, habet *actionem ex stipulatu adversus fidejussores*, ut resarciant damnum a tutoribus datum. Perinde autem est, sive tutores non solvendo, sive in fuga sint, sive non facile ob absentiam conveniri possint. Et de hac actione agit totus *tit. ff. de fidejuss. et nominat.* 3°. Si ne fidejussores quidem sint idonei, ab iisque pupillus rem suam servare non possit, tunc culpa cadit in magistratum, qui hujusmodi fidejussores parum idoneos admisit, et contra hunc datur *actio subsidiaria*, de qua agit *tit. ff. de magistr. conven.* Datur itaque hæc actio pupillo, qui finita tutela rem suam neque a tutore neque a fidejussoribus recuperare potuit (hos enim prius convenisse debet, antequam magistratum pulset hac actione). Datur non modo adversus personas, (non adversus collegium) quæ tutorem sine idoneis fidejussoribus dederunt, verum etiam, si culpa lata intercesserit, adversus earum heredes, (non adversus successores singulares) ad damnum omne resarciendum. Sed rarior tamen hæc actio est, nec magnum inde lucrum sperandum. Nam 1°. semper pro magistratu militat præsumptio diligentiæ, donec probetur contrarium, eaque probatio satis plerumque difficilis est. 2°. Liberatur magistratus, si ostendat, eo tempore, quo se obligarint fidejussores, fuisse idoneos, et postea demum bonis lapsos, idque plerumque contingit, *l. 1, §. 13, ff. de mag. conven.* 3°. Hodie paucis locis recepta est satisdatio, adeoque et magistratui imputari nequit, si fidejussores non exegerit. 4°. Generatim etiam ex regulis universalis prudentiæ periculosum est, litigare cum magistratibus; eamque in rem exstat elegans *Thomasii diss. de exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit.*

§. CCLXXXVI.

Dixi paullo ante, hodie paucissimis locis receptam esse satisdationem. Sic in universa fere Germania tutores nec satisdant, nec jurant, quamvis id exigatur in *Recess. imp. vel reform. polit. de ann. 1577, tit. 32, §. 3.* Caussa non facile reperitur. Dicunt, ideo non opus esse satisdatione, quia non dentur tutores, nisi qui immobilia possident, in quibus pupillus gaudet tacita hypotheca. Sed id nec legislatoribus istis ignotum erat, qui nihilominus et jusjurandum et satisdationem exigunt. Sed caussa fortassis est, quam jocose non nemo fingit, recessus imperii Germanici dici leges Germanicas, quia ab illis impune recedatur. Sed ne in Hollandia quidem et Frisia satisdationem exigi, verùm jusjurandum, docent *Sand. l. II, def. 9, tit. 9, Grot. manud. ad jus Belg. I, 9, Vinnius ad pr. Inst. h. t.*

Codice Napoleone, nulla exigitur à tutore vel curatore satisdatio. Verùm ex articuli 2121 dispositione, pupillis et interdictis datur hypotheca legalis in omnibus tutoris bonis tam præsentibus quàm futuris, *art. 2122.*

TITULUS XXV.

De Excusatione tutorum et curatorum.

§. CCLXXXVII et CCLXXXVIII.

Præter satisdationem, et *excusatio* communis est tutoribus et curatoribus. Unde et de hac agitur hoc sequente titulo. Jam tria præmittenda, 1°. cur tutoribus et curatoribus concedatur, ut se excusent? 2°. quid *juridice* significet, *excusare?* 3°. Quotuplices sint excusationes?

I. Tutoribus et curatoribus ideo excusationes quædam conceduntur, quia est munus publicum (§. 204.), et munera publica personalia omnes quidem tenebantur suscipere, sed quidam tamen erant *immunes*, e. g. milites:

quidam *vacationem* habebant, veluti senes, veterani, legati; quidam *excusabantur*, si justa caussa iis esset in promtu, e. g. numerus liberorum. Hinc in libro L. Digestorum, ubi materia de muneribus publicis ex instituto exponitur, tituli occurrunt *de immunitate, de vacatione et excusatione munerum*. Quemadmodum itaque a reliquis muneribus publicis excusabant justæ caussæ, ita et æquum videbatur, easdem a tutela excusare.

II. Observandum, vocabulum *excusare* aliud significare Grammaticis, aliud Jurisconsultis. Grammaticis excusare est a caussa dictum, adeoque idem significat ac *caussam allegare, cur quis onus suscipere non teneatur.* At *Jureconsultis excusare est ob caussam gravem aliquem vel liberare vel non admittere.* Sic e. g. in *l. 1, §. 3, ff. de postul.* dicit Ulpianus: *initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare, in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit;* ubi sane *excusare* idem est ac prohibere. Pueros enim et surdos non admitteret prætor, etiamsi vellent postulare, et tamen eos excusare dicitur. Eodem sensu in *l. 2, ff. de decurion.* pueri dicuntur *a decurionatu ad tempus excusari*, i. e. prohiberi; ubi quidem Cujac. *Observ. lib. XXVI, 38,* ingeniose legendum putat *excuriantur*, sed sine necessitate emendat textum satis integrum. Excusare ergo Jurisconsultis et caussas allegare significat et prohibere; quæ significatio vocis tam est singularis, ut Theophilus et reliqui Jurisconsulti græci, quum viderent, nullum in lingua sua esse vocabulum ejusdem significationis, latinum retinere mallent, et inde fingerent græcum ἐξκουσεύειν. Quædam præclare in hanc rem observavit *Bynkershoek, Obs. IV, 20.*

III. Jam facile intelligimus, *quotuplices* sint excusationes tutorum et curatorum. Dividuntur enim 1°. *in voluntarias, quæ oppositæ prosunt*, e. g. numerus liberorum. Si allegetur hæc caussa, excusat: si non allegetur, etiam multorum liberorum parens cogetur tutelam suscipere. Et 2°. *necessarias, quæ etiam non oppositæ prohibent a tutela;* e. g. lis cum pupillo. Nam si de ea constat, prætor tutorem non admittit, quamvis ipse tutelam velit suscipere. De *voluntariis* agitur §. a 289-294,

de *necessariis* §. 295, de *utrarumque allegatione* §. 296-298.

Inter excusationes discrimen in hoc potissimùm consistit, quod excusationibus voluntariis potest renuntiari, necessariis non potest. Sic v. g. ob numerum liberorum potest aliquis excusari, non prohibetur tamen renuntiare huic privilegio suo. Contrà, si minor velit tutor fieri, omninò prohibetur, si vel maximè excusatione istâ uti nolit.

§. CCLXXXIX.

Voluntariæ excusandi caussæ iterum sunt triplices. Aut enim admittuntur 1°. ob privilegium, §. 289-292, aut 2°. ob impotentiam, §. 293, aut 3°. ob existimationis periculum, §. 294.

I. *Ob privilegium* excusantur 1°. *parentes plurium liberorum*. Et quidem Romæ excusabant tres, in Italia quatuor, in provinciis quinque, modo essent *naturales*, non adoptivi; *legitimi*, non spurii; *nati*, non nascituri; *superstites vel bello amissi*, non mortui. Nam et qui pro patria ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere dicuntur. Hæc habes in *pr. Inst. h. t.* Sed quæritur, unde hoc privilegium sit? *Harprechtus*, qui Commentario grandi IV. Tomorum Institutiones illustravit, ad *pr. Inst. h. t.* dicit, esse hanc quæstionem ex earum numero, quarum ratio reddi non possit. Lepide profecto! Est potius *ex lege Julia et Papia Poppæa*, quæ A. U. C. 762, sub Augusto lata est a M. Papio Mutilo et Q. Poppæo secundo consulibus suffectis. Dio Cass. *lib. XVI, 662*. Nimirum Romani, non ut reliquæ gentes, libenter se nuptiis illigabant, sed ab iis liberorumque procreatione maxime abhorrebant. Caussæ maxime tres erant: (*a*) cupiditas vitæ dissolutæ et vagæ Veneris; (*b*) luxus Romanarum feminarum, quas mariti vix satis splendide alere poterant; et (*c*) orbitatis honor. Qui enim non habebant uxores et liberos, ii ab omnibus colebantur, ad honores provehebantur, donis et beneficiis cumulabantur, quia unusquisque se iis heredem futurum sperabat. Elegans et prolixus ea de re locus exstat apud *Plautum in milit. glor. act. III, scen. I, v. 92 seqq.* ubi Peri-

plectomenes senex, interrogatus, cur uxorem non duxerit, respondet:

Verum egone eam ducam domum?
Quæ mihi numquàm hoc dicat: eme, mi vir, lanam, unde tibi pallium,
Malacum et calidum conficiatur, tunicæque hybernæ bonæ,
Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore audias;
Sed priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,
Dicat: Da mihi, vir, calendis meam quod matrem juverit,
Da, qui farciat, da qui condiat, da, quod dem quinquatribus,
Præcantatrici, conjectrici, ariolæ, atque haruspicæ,
Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit.
Tum piatricem clementer, non potest, quin munerem.
Jam pridem quia nihil abstulerit, succenset geraria.
Tum obstetrix expostulavit mecum, parum missum sibi.
Quid nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit.
Hæc, atque hujus similia alia damna multa mulierum,
Me uxore prohibent, mihi quæ hujus similes sermones serat.

Habes insignem luxum, quo se deterreri dicit Periplectomenes a ducenda uxore, ne reginam hujusmodi domi alere cogatur. Sed paullo post v. 111 et aliam caussam addit:

Quando habeo multos cognatos, quid opus mihi sit liberis?
Nunc bene vivo et fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.
Mea bona morte cognatis dicam, inter eos partiam.
Illi apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,
Priusquam lucet, adsunt, rogitant, noctu ut somnum ceperim?
Eos pro liberis habeo, quia mihi mittunt munera,
Sacrificant, dant inde partem mihi majorem quam sibi,
Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cœnam vocant,
Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi.
Illi inter se certant donis: ego hoc mussito mecum:
Bona mea inhiant, certatim mittunt dona et munera.

En, quam coluerint heredipetæ cælibes et orbos: et id plures deterrebat a nuptiis. Quum autem animadverteret Augustus, numerum civium ob istud cælibatus studium quotidie decrescere, legem illam tulit, qua cælibatum et orbitatem variis pœnis coercuit, e. g. ut cælibes nihil ex testamento capere possent, orbi tantum dimidium: conjuges

juges autem et parentes variis privilegiis ornavit, inter quæ et hoc fuit, ut, qui tres haberent liberos Romæ, quatuor in Italia, quinque in provinciis, ab omnibus muneribus publicis adeoque a tutela quoque immunes essent. Prolixe historiam et singula capita hujus legis celeberrimæ restitui atque exposui in *Comment. ad legem Juliam et Pap. Popp.* ubi et de hoc privilegio egi *lib. II, cap. 8, p. 206 et seqq.*

Remittit à tutelâ liberorum multitudo, id est, numerus quinque liberorum, *art. 436*. Modò sint ex legitimo matrimonio suscepti, *ibid.* Adoptivi enim non prosunt. *Instit. h. t.* Quod ita placuit, ne simulata adoptio in ullâ parte muneris publici juvaret. Tacit. *Annal. lib. 35*. Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gellium, *Noct. Att. v. 19*.

§. CCXC.

Ob privilegium excusantur, 2°. qui rem fiscalem administrant, vel rem dominicam vel patrimonium principis, item tributa et vectigalia, etc. Hæc ut intelligamus, observandum, trium olim fuisse generum bona publica, ut etiamnum sunt in rebuspublicis monarchicis: (1) *Ærarium*, ad quod pertinebant omnia, quæ in dominio erant reipublicæ, quæque ad conservandam rempublicam, colligebantur, e. g. tributa, vectigalia, etc. (2) *Fiscum*, qui erat principis tamquam principis, eique a rep. adsignatus, ut aulam suam sustineret, et eo pertinebant bona caduca, ereptitia, confiscata; hodie vocantur *bona cameralia*, (Cammergüter,) *bona domanialia*, (Domainen,) *bona mensalia*, (Tafelgüter.) (3) *Patrimonium principis*, quod princeps possidebat tamquam privatus, e. g. ejus bona hereditaria, vel quæ sibi sua pecunia emit (quæ hodie vocantur (*Chatoullgüter*). Quicumque itaque ex his tribus, i. e. vel ærarium, vel fiscum, vel patrimonium principis administrant, ii gaudent hoc privilegio, ut excusentur a tutela. Sed quærere hic solent, sitne hæc excusatio voluntaria, an necessaria? Sunt, qui eam putant necessariam ideo, quod bona hujusmodi administratorum oppignorata sint reipublicæ vel fisco vel principi, adeoque pupillis in illis

competere non possit tacita hypotheca. Ergo dicunt, si vel voluerint tutelam suscipere, tamen ne potuisse quidem eos admitti. Sed hæc ratio hodie quidem valet, olim autem apud Romanos istud fuit merum privilegium, mera excusatio voluntaria. Nam (*a*) in §. *1*, *Inst. h. t.* dicitur, *eos posse excusari*, i. e. si velint. (*b*) Apud Romanos non opus erat tacita illa hypotheca, quia tutor satisdare tenebatur, eaque satisdatione satis securus præstabatur pupillus. At hodie cum satisdatio fere ab usu recesserit, et rarius exigantur fidejussores, merito hæc excusatio pro necessaria vel prohibitiva habetur.

Quibus ob privilegium tutelæ vacatio tribuitur, videre est in *Cod. Nap. art. 427*.

§. CCXCI.

Privilegium simile datum 3°. *absentibus reip. caussa*; quales sunt legati pop. Rom. magistratus provinciales et milites. Sed hic distinguendum inter tutelam jam susceptam et suscipiendam. A suscipienda omnino excusantur, non modo dum absunt, sed et intra annum, ex quo reversi sunt: qui annus in jure nostro dicitur *annus vacationis*. A suscepta autem eatenus excusantur, quatenus absunt, et interea eorum loco datur curator: sed reversi eam tutelam recipiunt, nisi trans mare absint reip. caussa, siquidem tunc et susceptam tutelam deponunt. Ita hæc doctrina proponitur in §. *2*, *Inst. h. t. l. 10*, *pr. et* §. *2*, *ff. eod. l. 11*, §. *2*, *l. 12*, §. *1*. *ff. de minor.* Sed *cessat* hoc privilegium, (1) si finito officio diutius absint, quam par est, e. g. si voluptatis et animi caussa per varias terras oberrent. (2) Si quidem obtentui sumant reipublicæ emolumentum, sed revera sui commodi caussa absint. Solebant enim veteres in republ. Rom. si in provincia aliqua sibi negotium esset, *liberam legationem* impetrare, et tunc proficiscebantur sub schemate legatorum, sed revera sui commodi caussa. Nam istam legatorum personam tantum ideo adsciscebant, ut tanto reverentius ubique reciperentur, tamquam pop. Rom. legati. Exemplum habes apud *Ciceron. Epist. ad famil. lib. XI*, *ep. 1*, *lib. XII*, *ep. 21*, *et ad Attic. lib. II*, *ep. 4*. Tales autem non gau-

dere hoc privilegio, palam est *ex l. 1, §. 1, ff. h. t. l. 5, ff. ex quibus causis maj. 25 annis in integr. rest. l. 6, §. 36, ff. h. t.*

Ita *Cod. Nap. art. 428 et 429.*

§. CCXCII.

Excusantur porro ob privilegium simile 4°. *magistratus*, sed non omnes; verum, *qui cum potestate sunt;* quod ita interpretatur *Gellius, Noct. Attic. lib. XIII, 13,* qui habent jus prehendendi, quales erant consules, prætores, censores, dictatores, præfecti urbi et prætorio, non autem ædiles, *l. 17, §. 4, ff. h. t.* multoque minus quæstores, et reliqui his minores, qui recensentur in *l. 2, §. 29 et seqq. ff. de O. J.* Sed postea id privilegium minoribus quoque magistratibus videtur concessum, quia et duumviratus in municipiis excusavit temporibus Modestini, qui sub Alexandro Severo vixit, *l. 15, §. 3, ff. h. t. l. 6, §. 16, ff. eod.* Excusantur 5°. *litteratores*, rhetores, sophistæ, medici, Jurisconsulti, sed non omnes et semper. Verum (*a*) si sint professores; (*b*) si sint intra numerum, i. e. ordinarii; (*c*) si in patria doceant; (*d*) si sint industrii, *l. 6, §. 6 et seqq. h. t. l. 6, Cod. de prof. et med.*

Sed de his quinque privilegiis omnibus notanda est regula generalis, quod *privilegiatus contra æque privilegiatum non utatur privilegio.* Itaque excusatur quidem miles, professor, administrator rei fiscalis : sed si pupillus sit militis filius, non excusabitur miles; si professoris filius, non excusabitur professor; si administratoris filius, non excusabitur administrator. Vid. *l. 17, §. 17, ff. h. t.*

Vide *Cod. Nap. art. 427.*

§. CCXCIII.

Vidimus, qui ob privilegium excusentur.

II. *Ob impotentiam* excusantur, quicumque videntur gerendæ tutelæ minus idonei, modo alioquin sint viri boni et honesti; siquidem alias excusatio foret necessaria et ne volentes quidem admitterentur. Tales caussæ sunt : 1°. *tria*

onera tutelæ. Sed hic observandum, (*a*) computari tutelas omnes in una domo; adeo ut, si e. g. pater unam et singuli ejus filii familias singulas tutelas gerant, id excuset. (*b*) Tutelas non tam numerandas, quàm ponderandas esse. Hinc si una sit admodum diffusa, et una excusat. Si tres sint admodum faciles, ne hæ quidem sufficiunt. 2°. Tutelas non numerari secundum numerum pupillorum, sed secundum numerum rationum reddendarum. Hinc si quis e. g. quatuor fratrum tutelam gerit, non nisi unam gerere censetur, §. *5*, *Inst. l. 31*, §. *4*, *ff. h. t.* (*d*) Excusationi huic locum non esse, si pupilli sint proximi pubertati, ita ut tantum tempus semestre reliquum sit, intra quod tutela continuanda, *l. 17*, *pr. h. t.* (*e*) Non excusare tutelas honorarias, i. e. cum nullo onere administrationis conjunctas, *l. 15*, §. *9*, *ff. h. t.* Unde facile patet, hic quoque permulta relicta esse magistratuum arbitrio. Excusat porro 2°. *paupertas*, et quidem talis, ut, si tutelam suscipere cogeretur, ei non tantum superesset temporis, quo victum et amictum sibi posset quærere, §. *5*, *Inst. h. t.* Et olim quidem hæc quoque excusandi caussa erat voluntaria : at hodie procul dubio necessaria est. Quia enim non temere credi solet, nisi ei, qui bona immobilia possidet, facile est ad intelligendum, pauperes hodie non admissum iri, etiamsi parati essent ad tutelam suscipiendam. Excusat ob eamdem impotentiam 3°. *morbus*, non qualiscumque, e. g. febricula, cephalalgia, sed chronicus et ita lectulo adfigens hominem, ut ne suis quidem rebus, nedum alienis, superesse possit, §. *7*, *Instit. h. t.* Obiter observandum, veteres hujusmodi morbum vocasse *sonticum*, *Gell. lib. XVI*, *c. 4*, *lib. XX*, *c. 10*, *l. 2*, §. *3*, *ff. si quis caut. in jud.* Excusantur 4°. ob impotentiam *illiterati*, per quos hic non intelliguntur indocti, sed ἀναλφάβητοι, i. e. legendi scribendique imperiti. Hi enim rationes conficere non possunt. Admittuntur tamen hi, (*a*) si tutela non admodum diffusa et ipsi prudentes sunt, *l. 6*, §. *ult.*, *ff. h. t.* (*b*) si rationes reddi possint bacillis fissilibus, Kerbstöcke; de quibus elegans exstat *Sam. Stryckii diss. de bacillis fissilibus.* Excusantur ob impotentiam 5°. *septuagenarii*, quia ista ætas vacationem tribuebat ab aliis quoque muneribus

publicis. Sed tamen stricte requiruntur anni 70, ut, si vel dies desit huic ætati, locus non sit excusationi, *l. 2, pr. h. t.*

Tria onera tutelæ.] Duo sufficiunt juxta Codicis nostri *art. 435*. Favorem etiam eum addidit ille articulus, ut sive pater, sive maritus, unâ jam tutelâ oneratus, non possit cogi ad alteram suscipiendam, præterquàm liberorum suorum.

Paupertas.] Hæc causa inter tutelæ excusationes non refertur in Codice nostro. Puto tamen et illam, excusationem aliquandò præbere posse, si talis sit tutoris egestas, ut periculum sit, ne esuriat, si tempus tutelæ administrandæ impendere debeat.

Morbus.] Gravis scilicet, continuus et non affectatus, non solùm à tutelâ suscipiendâ, sed à tutelâ jam susceptâ excusat. *Cod. Nap. art. 434.*

Septuagenarii.] 65 annos completos ad tutelæ nondùm susceptæ excusationem sufficere constat. Sin autem jam suscepta sit, cùm ad 70 venerit tutor, se excusare poterit. *Cod. Nap. art. 433.*

§. CCXCIV.

Denique et ob *inimicitiam* cum patre pupilli excusantur a tutela, qui istam allegant, §. *9 et 11*, *Instit. h. t.* Et id quidem videri posset christianæ pietati adversari : siccine enim leges indulgent iis, quos ne mors quidem inimici placeat? Sed recte ad hunc §. 9, notat Vinnius, non eam esse juris sententiam, sed ideo hoc privilegium his indulgeri, ut pudori eorum parceretur. Nam si tutelam subire cogerentur, facile adversus eos suspicio oriretur, ac si parum candide versaturi essent in tutela. Ut ergo hanc sinistram opinionem evitare et existimationem suam tueri possint, lex eos excusat, si velint.

Arg. *Cod. Napol. art. 442 4°.*

§. CCXCV.

Vidimus caussas excusandi voluntarias, quæ liberant ab hoc onere, si allegentur : sequuntur *necessariæ* (§. 288.), quæ etiam non oppositæ prohibent a tutela. Quicquid enim homines ineptos reddit ad aliorum negotia gerenda, ob id nec ad tutelam admittuntur. Tales ergo

sunt 1°. *furor, dementia, surdities, cæcitas.* Quamvis enim hi omnes, si testamento dati sint, non removeantur a tutela, sed interea alius detur tutor, donec impedimentum cesset; idque etiam 2°. in *minorennibus* testamento datis obtineat (§. 213.): non admittuntur tamen ad tutelæ administrationem, quamdiu sunt furiosi, dementes, surdi, cæci, minorennes; quia non possunt esse tutores, qui ipsi aliorum directioni, nempe curatelæ, subsunt. 3°. Ejusdem generis excusationem tribuit *militia.* Milites enim, ne si vellent quidem, tutores esse possunt, ne negotiis hujusmodi similibus a signis abstrahantur, *l. 4, C. qui dar. tut.* Neque tamen excusantur milites a tutela liberorum commilitonum, quia alii non sunt in promtu, qui hujusmodi liberis tutores dari possint. Excusat 4°. *lis cum pupillo, §. 4, Instit. h. t.* non modo præsens, sed et futura vel imminens, *Nov. 72, c. 1, 2, 4,* adeo ut, si tutor datus litem hujusmodi dissimulavit, et tutelam receperit, is postea tamquam suspectus removeri possit. Excusat 5°. *sacerdotium et monachatus, Nov. 123,* ut ne volentes quidem admittantur; præterquam quod presbyteri et diaconi (non item episcopi) ad tutelam legitimam admittuntur. Cujus rei ratio fuit, ne sacerdotes rerum hujusmodi cura a cultu divino et studiis sacris, monachi a precibus et recitatione breviarii et horarum abstraherentur. Sed hodie et sacerdotes admittuntur, si tutelam velint suscipere, apud Protestantes. Immo et tenentur tutores esse, si iis demandetur tutela liberorum collegæ vel clerici, modo possideant immobilia vel satisdent. Excusatur 6°. etiam *maritus a cura uxoris minorennis, l. 2, C. qui dari tut., l. 14, C. de cur. furios.* Periculum enim erat, ne maritus sæpe auctor fieret in rem suam, et uxori blanditiis persuaderet multa, quæ ipsi haud parum detrimenti inferre possent. Sed hodie res aliter se habet plerisque locis. Maritus enim illis in locis, ubi feminæ perpetuæ curatelæ subsunt, fere est ordinarius uxoris suæ curator.

Furor, dementia, etc.] Absurdum enim esset, si alii nominaretur tutor, qui rebus suis superesse non potest, et propter hanc causam ipse tutorem habet. Hinc minores, tutores esse non possunt, *art. 442 1°. et 2°.*

Militiâ.] Miles enim signa non impunè negligeret. Vide *Cod. Nap. art.* 428.

Lis cum pupillo.] Ita *Cod. Nap. art.* 442 4°.

Maritus à curâ uxoris.] In Galliâ, uxores in officio mariti esse debent, *art.* 213. Mariti autem uxoribus suis debent protectionem, *ibid.* Ergò et tutelam, *art.* 506.

§. CCXCVI.

Caussæ omnes, quas hactenus recensuimus, sunt tutelæ et curatelæ communes : ab utraque enim excusari quis potest ob istas caussas. Ad curatelam autem in specie pertinet, si quis antea pupilli cujusdam tutor fuit : tunc enim non tenetur et curator fieri usque ad annos majorennitatis. Sufficit enim amico in paucis gratificari, nec quisquam duplici onere gravandus, *l.* 20, *C. h. t.* Attamen hic locus est exceptioni, nempe in liberto, qui tutor a patrono datus et curatelam omnino suscipere tenetur, *l.* 5, *C. h. t.* Tantam enim a liberto veteres exigebant pietatem et reverentiam, ut nullum onus satis grave eum posse suscipere existimarent pro libertate, quam debebat patrono, quippe quæ est res inæstimabilis.

Puto et apud nos, tutelam ante gestam præbere exceptionem tutori, cui posteà et cura deferretur. Hoc enim colligere facile est, vel ex eo solo quod rationes tutoris à curatore sint exigendæ, *art.* 480.

§. CCXCVII et CCXCVIII.

Vidimus hactenus excusationis caussas : superest, ut *et modum* videamus, quo proponi solent, ubi observandum : 1°. antequam opponantur, tutores datos esse, adeoque a die illo usque ad tempus sententiæ, nisi absolvantur, omne periculum ad illos spectare, *l.* 31, *pr. ff.*, *h. t.*; *l.* 1, *C. si tut. vel cur. fals. all.* Quum enim prævideri non possit, excusationes, quas allegavit, idoneæ futuræ sint nec ne : interea merito pro tutore habetur, donec appareat, utrum ejus caussæ per sententiam probentur, an rejiciantur. Si verò pro tutore habetur, sane et omne periculum ad eum pertinet. Unde dedi id consilium, ut tutor datus ipse statim administrationem suscipiat, ne alterius

mala administratio ipsi fraudi et detrimento sit, sed allegет tamen caussas excusationis addatque protestationem, se administrationem non animo, tutelam subeundi, sed salvis excusationibuis suis suscepturum. 2°. Observamus, excusationes veluti per modum exceptionis opponi. Quemadmodum itaque (*a*) pluribus quidem uti possum exceptionibus, sed ita tamen, ut (*b*) simul omnes statim post litis contestationem opponam, *l. 5, l. 8, de except.* ita et omnes caussæ excusationis semel et simul allegandæ, *l. 13, §. 8, h. t.* 3°. Tutori extra Romam dato spatium tantum concessum temporis, ut singulis diebus XX lapides vel milliaria absolvere possit et iis præterea adjici triginta dies, intra quos Romæ eas caussas opponat, §. *16, Inst. h. t.* Id quod tamen hodie parum utilitatis habet, 1°. quia magistratuum nostrorum territoria non solent adeo ampla esse, ut tutores ex locis dissitis dentur. 2°. Quia, si dentur ex loco aliquo extero (id quod faciunt nonnumquam summa dicasteria et curiæ provinciales), tunc plerumque terminus ipsis præfigitur arbitrio judicis, quo adesse, et vel confirmari vel caussas idoneas excusandi allegare debeant. 4°. Observamus, excusaturum se tutorem non debere adpellare ad superiorem judicem, sed statim caussas suas coram eodem magistratu, a quo datus est, opponere, §. *16, Inst., l. 1, §. 2, ff., h. t.* id quod justam rationem habet. Nam 1°. non prius locus est adpellationi, quam quis gravamen habeat. Non autem magistratus nos gravat, dum nobis tutelam defert, sed dum justas caussas excusationis rejicit. 2°. Semper adhuc nobis salvum esse beneficium adpellationis, si caussas nostras justas rejecerit per sententiam vel decretum. Ceterum id hic ideo monent leges nostræ, quia alias res secus se habet in aliis muneribus publicis, quibus præter jus et fas oneratis statim in promptu est adpellationis beneficium, *l. 1, ff., §. 2 quando adpell.*

De modo excusationes proponendi tractant *art. 438, 439 et 440* Codicis Napoleonis, quorum hæc est dispositio : si nominationi suæ adstiterit tutor datus, statim in ipso consilio excusationes proferre debet ; aliter, familiæ consilium convocare tenetur, ut circà excusationes deliberet ; et hoc, quidem fieri debet, intrà dies ternos a denunciato sibi tutelæ munio ;

quo tempore perempto, ab excusando secluditur. Excusationes autem ubi minus audiuntur, ad judices provocatio est; sed interim tutor gerere debet.

§. CCXCIX.

Adjecimus quædam sub finem de usu hodierno hujus tituli, observavimusque, 1°. Caussas necessarias ubique hodienum omnes receptas esse. Fluunt enim ex ipsa recta ratione. Quis enim, quæso, judex admitteret ad tutelam furiosos, dementes, minores, nisi ipse sit furiosus? 2°. Caussas, quæ privilegio nituntur, hodie non ubique obtinere. Privilegium enim an et quibus concedere velit summa in republica potestas, ejus in arbitrio positum est. Hinc e. g. liberorum numerus alibi plane non excusat, alibi non idem numerus. Rationes enim supra explicatæ, ob quas Romani parentibus tot privilegia concedebant. (§. 289.), ad nos non pertinent, quum in regionibus nostris non adeo abhorreant ab uxoribus ducendis procreandisque liberis, sed sponte et ultro huic operam dent. Unde ad singulorum locorum statuta respiciendum est. 5°. Maritum fere ubique esse uxoris suæ curatorem, jam supra (§. 295. 6.) observavimus. Quibus jungenda V. C. Everardi Ottonis diss. *de tutela perpetua feminarum*, quæ inter ejus Dissert. selectas habetur. 4°. Modum quoque procedendi hodie esse alium, jam ostendimus ad §. 298, ut adeo nihil hic addendum videatur.

TITULUS XXVI.

De suspectis Tutoribus et Curatoribus.

§. CCC.

Ultimus hic titulus superiori ideo jungitur, quia et *remotio* suspecti tutoris est modus finiendi tutelam æque ac excusatio. (§. 262.) Est autem eo nomine prodita actio singularis, quæ vocatur *actio suspecti tutoris*, item *cri-*

men suspecti tutoris, de quo hoc titulo disputatur. Quomodo hæc actio differat ab aliis, quæ ex tutela nascuntur, satis adcurate explicavimus ad §. 263. Nimirum *actio suspecti tutoris* omni tempore institui potest, tum ante tutelam, tum ea jam suscepta : *actio tutelæ* non nisi finita tutela et rationibus nondum redditis : *actio de distrahendis rationibus* jam redditis, sed male compositis et redditis. Jam de prima actione, nempe suspecti tutoris. Ubi 1°. videbimus, quid sit tutor suspectus et crimen suspecti? §. 301. seq.; 2°. qui actionem hanc instituant? §. 303. seq.; 3°. contra quos illa institui possit? §. 305.; 4°. ad quid agatur? 306. 307; 5°. quomodo hæc actio cesset? §. 308.; et 6°. ecquis ejus hodie sit usus? §. 309.

§. CCCI et CCCII.

1. Quæritur, quinam tutores dicantur suspecti? et quid sit crimen suspecti? *Suspecti* vocantur omnes tutores, qui *non ex fide* gerunt, sive dolo malo id faciant, sive culpa, sive solvendo sint, sive non, §. *5, h. t.* Quemadmodum enim sola paupertas neminem facit suspectum, si alias sit vir bonus et diligens, ita et divitiæ non tollunt suspicionem. Posset quidem aliquis existimare, tutorem locupletem ideo non suspectum esse, quia, si vel maxime negligenter tutelam administret et damnum inferat pupillo, tamen illud facile possit resarcire. Sed Jurisconsulti aliter ratiocinantur, nempe, *satius esse ab initio intacta jura servare, quam vulnerata caussa remedium quærere ;* quæ verba sunt elegantissima *l. ult. C. in quibus causs. rest. in integr. non est nec.* Ex eo jam facile patet, quodnam sit *crimen suspecti*, nempe accusatio quasi publica tutoris vel curatoris non ex fide gerentis ad remotionem, pœnamque aliquando extraordinariam infligendam, si scil. tam insignis pelluceat tutoris malitia, ut ea pœna corporis adflictiva vel supplicio capitali videatur coercenda, v. g. *si insidias struxerit vitæ pupilli;* cujus rei insigne exemplum apud Sueton. *Galb. c. 9.* Descendit hæc accusatio tutorum suspectorum ex lege *XII. Tabb. l. 1, §. 2, ff. h. t.* Justinian. *pr. Inst. h. t.* Vid. Jac. Gothofred. *Tab. VII.* qui ita conceptam fuisse putat legem

decemviralem : *Si tutor dolo malo gerat, vituperato ; quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito :* ex quorum prima parte, crimen suspecti ; ex posteriore, actionem de distrahendis rationibus descendere docet.

Non ex fide.] Id est non *ex officio.* Fides enim hic denotat officium. Et quamvis aliqui objiciant §. *5, Instit. h. t.*, tamquam suspectum removeri posse, etiam qui nondum tutelam susceperit ; resp. tamen, et id contrà officium esse, quia ad officium tutoris pertinet gerere.

§. CCCIII et CCCIV.

2°. Jam ergo et alteram quæstionem facile expendemus, quis possit tutorem suspectum accusare? Quia enim hæc accusatio est quasi publica, ut in definitione vidimus, omnino cuivis licere debebit hanc accusationem instituere. Non enim dicitur quasi publica in *l. 1*, §. *6, ff. h. t.* quia hic de animadversione et disciplina publica agitur (tutoris enim malitia non tam securitatem reipublicæ, quam rem familiarem pupilli turbat, adeoque potius ad caussas privatas pertinet) ; neque etiam ideo hoc nomen habet, quod ob crimen suspecti judicium publicum et criminale instituatur (nam potius coram prætore agitur, qui non gaudebat mero imperio, sed tantum jurisdictione civili), verum ideo hoc nomen habet, quia unusquisque ex populo, etiamsi ejus non videatur interesse, hanc accusationem recte instituere poterat, §. *3, Inst. h. t.* Hinc etiam non dicitur vere publica accusatio, sed *quasi publica*, uti jure nostro dantur *quasi-contractus, quasi-delicta, quasi-possessiones, quasi-traditiones*, quas locutiones omnes a Stoicis esse, qui frequente illa particula ὡσανεὶ vel *quasi* utebantur, ut in nota §. CCCIII subjecta exemplis docuimus. Possunt ergo tutorem suspectum postulare omnes, etiam quorum non interest, quia interesse reipublicæ videtur, rem pupillo salvam esse ; unde et feminæ recte accusant, quas alias nec postulare pro aliis posse, nec accusare, ex *l. 2, ff. de R. J. et l. 1, l. 2, de accusat.* discimus. Sed pupilli favor hic vincit hanc regulam, modo femina accusatrix verecundiam sexus non egrediatur, §. *3, Inst. h. t.*

Imo observandum, personas quasdam teneri suspectos tutores accusare, adeo ut, nisi id fecerint, ipsæ pœnis dignæ videantur. Tales sunt *contutores*, qui, nisi tutorem male gerentem accusent, ipsi omne damnum ferunt, *l. 3, pr. h. t. liberti*, quos reverentia erga patronum excitare debebat, ne tutorem in bonis liberorum patroni grassari paterentur, *l. 3, §. 1, eod.* et personæ conjunctæ, in primis *mater*. Non tamen potest ipse pupillus, quia impuberes non habent personam standi in judicio, et nec pro se nec pro aliis postulare possunt, immo ne puberes quidem, si sint minorennes annis 17. *L. 1, §. 3, ff. de postul.* Si autem hos annos egressi sint, tunc recte possunt hos curatores accusare, modo id faciant cum consilio necessariorum, *l. 7, pr. ff. §. 4, Inst. h. t.* Denique et ex officio potest *magistratus* inquirere in tutores suspectos, quamvis nemo accuset; quod hic singulare est. Apud Romanos enim magistratus quidem aliquando ex officio inquirebat, sed in delicta et crimina publica, non in utilitatem privati, *l. 3, §. 4, ff. de offic. præsid.*

Quod actio suspecti sit quasi publica, eo sensu quod promiscuè omnes, etiam quorum non interest, suspectum tutorem accusare possint; sustineri potest, *arg. art. 406 Cod. Nap.*, quamvis aliud innuere videatur, *art. 446.* — Monendi sumus nos improprie his uti denominationibus, *crimen suspecti, accusatio suspecti.* Jure enim nostro, non per modum accusationis hæc causa tractatur, sed coram consilio familiæ modo indicato *sub §. 307 in fine.* Has autem retinuimus, quia, hoc monito, quod volumus convenienter exprimunt.

§. CCCV.

Vidimus, qui possint accusare suspectos: proximum est, 3°. ut doceamus, qui accusari possint? Et hic respondemus: ex definitione §. 301, omnes, qui non ex fide gerunt, sive sint testamentarii, sive legitimi, sive dativi. Nec interest, an satisdationem offerat suspectus, ob rationem supra (§. 301.) allegatam, quia melius est, ab initio jura sarta tecta servare, quam vulnerata caussa remedium quærere, *l. 5, l. 6, ff. h. t.* Quamvis autem

hæc vera sint, non tamen facile tutores legitimi removentur. Sunt enim proximi agnati vel cognati pupillorum. Jam remoti fiunt infames, et ista infamia tunc in ipsum pupillum quodammodo redundaret, si mater ejus vel patruus vel alius proximus agnatus infamia notaretur. Hinc sanguini haberi solet honor, et non removeri tutor legitimus, sed ei adjungi curator, qui tutelam administret, *l. 9, ff. h. t.* Sic enim fit, ut tutor ille non possit pro lubitu in bonis pupilli grassari, et ipse tamen salvam habet famam et existimationem.

Qui accusari possint.] Vide *Cod. Nap. art. 442, 443 et 444.*

Nec interest an satisdationem offerat.] Quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutiùs grassandi in re familiari facultatem præstat.

Non removeri tutor legitimus.] Omnes removentur, etiam legitimi, si non ex fide gerunt. Nulla enim exceptio in favorum ipsorum introducta est Codice nostro.

§. CCCVI et CCCVII.

Vidimus, adversus quem instituatur hæc accusatio. Sequitur 4°. ad quid instituatur? Respondemus ex definitione nostra (§. 301.), ordinarie ad remotionem, extra ordinem aliquando ad animadversionem extraordinariam, si nimirum insignis quædam tutoris malitia pelluceat. De utroque videbimus. Datur (*a*) *ordinarie* ad remotionem. Ubi is ordo observatur, ut (*α*) simulac accusatio ista instituta sit, reus interdicatur administratione; id quod pragmatici vocant *suspensionem.* Non ergo statim *removetur* (remotio enim est pœna, a qua non inchoandum), sed *suspenditur*, i. e. interdicitur ei administratione, ne scil. interea, dum lis fervet, eo magis in bona pupilli grassetur, §. *7*, *Inst. h. t.* Hinc (*β*) sequitur caussæ cognitio, ex qùa adparet, vel, illum non male egisse; quo casu suspensio vel interdictum tollitur, et tutor absolvitur, salvo regressu contra eum, qui calumniose accusavit: vel, illum non ex fide gessisse; et tunc plane *removetur*, modo cum infamia, modo sine illa; *cum infamia*, si condemnatur ob dolum vel culpam latam, §. *6*, *Inst.*

l. ult. C. l. 7, §. 1, ff. h. (Culpa enim lata in his semper pro dolo habetur, *l. 226, ff. de V. S.* etiam in caussis famosis, *l. 11, §. ult. ff. de his qui not. infam.* etiam in hac caussa, *d. l. 7, §. 1, ff. h. t.*) *Sine infamia*, si tantum ob culpam levem removetur, *l. 3, §. ult. ff. h. t.* Aliquando nec dolus, nec culpa, sed contumacia tutoris palam fit, eoque casu ille nec removetur, nec infamis fit, sed pupillus in bona ejus mittitur; veluti si alimenta pupillo non decernat, *l. 13, §. 14, l. 7, §. 2, ff. h. t.* Ita ordinarie proceditur. Aliquando (*b*) *extra ordinem* punitur tutor, si insignis ejus malitia adpareat, e. g. si libertus fuerit tutor, et tamen tutelam non ex fide gesserit. Ejus enim delictum auget insignis ingratitudo erga patronum. Simile quid obtinet, si, e. g. adpareat, tutorem insidias vitæ pupilli struxisse; cujus rei exemplum jam supra ex Sueton. *Galb. c. 9,* vidimus. Ceterum omnibus his casibus dicitur, tutorem a prætore remittendum esse ad præfectum urbi extra ordinem puniendum, *l. 1, §. ult. ff. et §. 10, 11, Inst. h. t.* Ratio in promtu est. Quia enim prætor tantum jurisdictionem civilem exercebat, non autem jus gladii vel merum imperium, quod erat penes præfectum urbi, vid. *l. 1, ff. de offic. præf. urb.* consequens erat, ut remitteretur a prætore ad præfectum urbi, qui solus poterat animadvertere in facinorosos. Idque et hodie est observandum, quoties in jurisdictione civili aliquid incidit, quod pœnam corporis adflictivam videtur mereri. Tunc enim magistratus, qui jurisdictionem tantum civilem habet, semper debet remittere reum ad eum judicem, qui criminalem habet animadversionem. Hæc de modo procedendi.

Obiter adhuc notandum, ea, quæ de suspensione supra diximus, etiam in aliis caussis locum habere. Quoties enim adversus eum, qui in officio publico, maxime sacro, est, accusatio criminalis instituitur, toties is statim suspendi ab officio solet, donec innocentiam suam demonstravit. Cum scandalo enim conjunctum videretur, e. g. ministrum ecclesiæ sacra peragere, dum de adulterio vel alio hujusmodi crimine adversus ipsum inquiritur. Dico autem, statim suspendi *ab officio*. Est enim suspensio duplex, vel *ab officio*, quando salarium quis reti-

net, sed officium administrare prohibetur : vel *a beneficio*, si et salario interea privatur. Illa locum habet ob institutam accusationem vel inquisitionem, adeoque ad solam suspicionem delicti : hæc autem in pœnam infligitur, si delictum non sit ita comparatum, ut quis plane possit officio publico privari.

Ad remotionem tendit apud nos accusatio suspecti. Immò, ad suspensionem, si tam improbè in tutelâ versetur tutor, ut res pupilli dilapidet. Et sic accusatio suspecti ab excusatione differt, in quâ tutor qui se excusat, per provisionem gerere debet, dùm intereà familiæ consilium excusationes ejus perpendit. *Cod. Nap. art. 440.* — Hoc superest notandum quòd hæc remotio vel suspensio pronuntiatur à consilio familiæ, *art. 446;* causâ cognitâ et palam declaratâ, *art. 447*, et salvo tutori appellationis remedio, *art. 448*, cui appellationi etiam intervenire possunt cognati et affines qui suspectum postulaverunt, *art. 449.*

§. CCCVIII.

Sequitur 5°. quæstio, quando cesset vel finiatur accusatio? quia enim famosa est, hinc quodammodo restringitur, et non uno casu plane cessat. Hinc statim exspirat 1°. *morte rei*, modo sententia nondum lata, §. *8, Inst. h. t. l. pen. ff. h. t.* Ratio est, quia hoc judicium datur ad remotionem cum infamia adeoque ad pœnam. Mortuus vero nec removeri, nec infamis fieri, nec puniri potest. Posset quidem aliquis existimare, sed interesse tamen pupilli, ut damnum a tutore mortuo datum ipsi resarciatur. Sed respondetur : Ejus restitutionem repetere potest *actione tutelæ*, quam et adversus heredes tutoris et adversus ejusdem fidejussores eorumque heredes in subsidium dari, §. 281, seq. ostendimus. Satis ergo prospectum est pupillo, ut non opus sit, accusationem etiam adversus mortuum continuari. 2°. *Finita tutela ante sententiam.* Quomodo enim removeri cum infamia potest a tutela, qui jam tutor esse desiit? *l. pen. ff. l. 1, C. §. 8, Inst. h. t.* Nec tamen prohibetur pupillus, finita tutela adversus hunc hominem actione tutelæ experiri, ad damnum omne dolo culpave etiam levi datum resarciendum.

Hanc enim actionem et finita tutela competere, satis jam supra explicatum est §. 263.

§. CCCIX.

Nihil superest, quam ut quædam de usu hujus tituli hodierno, more nostro, subjiciamus. Olim frequentissimas fuisse tutorum suspectorum accusationes, et suo tamen tempore eas rarius institutas, ipse observat Ulpianus, quem temporibus Severi et Antonini Caracallæ floruisse novimus, in *l.* 1, *pr. Inst. h. t.* Ratio procul dubio fuit, quia magistratus magis ex officio cœpit vigilare, quum sciret, in subsidium actionem adversus se datum iri, si tutores male gererent, et fidejussores idonei esse desierint. Hinc sane ex eo tempore non putarùnt exspectandum, donec aliquis tutores suspectos postularet, sed ipsi in tutorum mores inquisiverunt et eos statim removerunt, si quid suspicionis emergeret. Et inde non mirum, accusationes illas quasi publicas tutorum suspectorum a temporibus Ulpiani factas esse rariores. Ex quo, multo magis raras illas hodie esse oportere, facile adparet. Nam 1°. apud nos ipsa respublica crimina et res pessimi exempli persequitur, non privati. Et hinc vel procurator fisci rem statim ad judicem deferet, vel hic sua sponte ex officio inquiret. 2°. Hodie plerisque locis receptum est, et in Germania etiam recessibus imperii sancitum, ut tutores quotannis rationes reddant, non, ut apud Romanos, finita demum tutela. Hinc fit, ut singulis annis sciat magistratus, qua fide tutor tutelam administret, et tutor non tam facile possit in bonis pupilli grassari, adeoque nec accusatione hac frequenter opus sit. Accedit, 3°. quod hodie rariores sunt actiones populares, ubi quisque ex populo possit agere. Sed tamen adhuc ubique receptum ut si adpareat, tutorem ex fide non gessisse, is ob dolum vel latam culpam cum infamia removeatur, etiamsi nulla antecesserit quasi publica accusatio.

LIBER SECUNDUS.

TITULUS PRIMUS.

De Rerum divisione et adquirendo earum dominio.

§. CCCX, CCCXI et CCCXII.

Absolvimus primum juris objectum, nempe jura personarum. Sequitur secundum, de *juribus rerum*; ubi præmittuntur variæ rerum divisiones, quas antequam consideremus, inquirendum primo omnium, *quid res sit Jurisconsultis?*

Res et *pecunia* apud Jurisconsultos distinguitur. Illa latius patet; hæc strictius accipitur. Quæcumque enim exsistunt et hominibus quamcumque utilitatem præstare possunt, dicuntur *res*, sive in patrimonio nostro sint, sive extra patrimonium. Sic e. g. aqua, aer, mare sunt res, quamvis in nullius constitutæ patrimonio. Contra quæ in patrimonio nostro vere sunt, dicuntur *pecunia*, *l. 5, pr. ff. de V. S.* adeoque Jurisconsultis pecunia non est solus nummus, sed omnia, quæ in bonis nostris nostraque substantia sunt, uti servus, quadrupes, agri, prædia. Hinc in XII Tabb. erat: *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Et August. *de doctrina christiana, c. 6, p. 585, tom. VI, opp. Quidquid*, inquit, *homines possident, quorum domini sunt, pecunia vocatur: servus, vas, ager, arbor, pecus, quidquid horum est, pecunia vocatur.* Ratio hujus denominationis juridicæ est, quia veterum maximæ divitiæ consistebant in pecudibus et jumentis. Inde enim pleraque vocabula opes significantia derivata sunt, veluti *pecunia, peculium, peculatus.*

§. CCCXIII.

Hinc facile intelligitur prima rerum divisio. Aliæ res sunt *divini*, aliæ *humani juris*. Quamvis enim res divini juris sint in nullius patrimonio, tamen quia existunt et usum præstant hominibus, *res* recte vocantur, non autem pecunia. Dicuntur autem *res divini juris*, quæ veluti dominio hominum exemtæ, et Deo attributæ et dicatæ sunt. Ita enim rem sibi concipiebant gentiles, ita et Christiani tempore Justiniani; quasi non omnia sint in Dei dominio. *Res humani juris* autem vocabant, quæ in dominio et commercio hominum sunt, e. g. agros, prædia, quadrupedes, etc. Porro *res divini juris* subdividuntur in *sacras*, *religiosas* et *sanctas*. Sed sanctas tamen *quodammodo* tantum divini juris esse testatur *l. 1, pr. ff. h. t.* non omni modo. Nam res sanctæ, uti paullo post videbimus, erant muri et portæ urbium. Quis vero negaverit, muros et portas urbium esse in dominio reipublicæ? Quia tamen et diis et heroibus dedicabantur mœnia, inde quodammodo divini juris esse dicebantur. Unusquisque ex sequentibus definitionibus animadvertet, has primas divisiones superstitionem paganam sapere. Et tamen eas retinuit Justinianus, imperator Christianus. Quod argumento est, jam eo tempore, puta sæc. VI. Christianos e paganismo multa adoptare cœpisse. Scripsit Jurisconsultus Rintelensis, Kæstuerus, elegantem dissertationem *de jurisprudentia paganizante*, qua id ipsum pluribus argumentis demonstravit.

§. CCCXIV.

Jam de singulis. *Sacras* vocabant res publice consecratas diis superis a pontificibus vel principe, §. *9, Inst. l. 6*, §. *3*, *l. 9*, §. *3*, *pr. seqq. ff. h. t.* Requirebatur itaque 1°. *Consecratio*, quæ multis ritibus et cærimoniis peragebatur, quas descripsimus in *Antiq. nost. Rom. h. t.* Romani enim credebant, deos delubra sua vere inhabitare, et hinc eos variis ritibus et sacrificiis eo vocabant, et veluti includebant templis. 2°. Consecrationem hanc *publice* fieri oportebat. Nam omnes respublicæ veteres vel

maxime cavebant, ne sacra peregrina in civitatem reciperentur. Potuisset autem id fieri quam facillime, si singulis privatis concessissent libertatem sacra sibi constituendi. Hinc ex *Corn. Nep. vit. Alcibiad.* notum est, Alcibiadem ab Atheniensibus ideo divis devotum, et in exilium ejectum fuisse, quod mysteria fecisse diceretur, i. e. quod sacra quædam suo arbitrio sibi constituisset. Socratem iidem cicuta sustulerunt, quia accusatus esset, quod deos, quos civitas habebat, ipse non haberet, sed alios; uti docet *Diog. Laertius.* Apud Romanos idem severissime observatum, vel exemplum bacchanaliorum docet, ob quæ privatim invecta multa millia hominum supplicio capitali affecta prolixe refert *Tit. Liv. lib. 38, cap. 8 seqq.* et Ampl. Corn. van Bynkershoek in opusculo singulari *de religione peregrina.* Publice ergo consecrandæ erant res sacræ, i. e. publica auctoritate. Habebant quidem Romani domi suæ sacra privata et gentilia deorum penatium et larium, quibus in suis quisque ædibus simulacra, focos, aras, sacrificia statuebant. Sed hæc tamen sacra non privata auctoritate constituebantur, sed publica a pontificibus. Si quis enim privatim sibi sacrum constituebat, id profanum erat, non sacrum, *l. 1, §. 3, ff. h. t.* 3°. Requirebatur, ut ea consecratio facta esset a *pontificibus vel a principe.* Nam princeps apud Romanos erat pontifex maximus; quod sacerdotium ideo sibi retinebant imperatores, ut eo facilius sacra suis utilitatibus attemperare et plebem religionibus in officio continere possent. Unde et ratio reddi potest, cur Christiani imperatores, veluti Constantinus M., Gratianus aliique hunc titulum nominibus suis adscripserint. Exstant eam in rem Jac. Gothofr. et Joh. Andr. Bosii diatribæ, *de pontificatu maximo imperatorum Christianorum;* quorum hic in Grævii thesauro antiq. Rom. recusus est. Denique 4°. consecrandæ erant res sacræ *diis superis*, i. e. cœlitibus, Jovi, Mercurio, Veneri, Junoni, etc. *Sanctæ* enim medioxumis, i. e. heroibus vel geniis, *religiosæ* diis inferis, seu diis manibus solebant consecrari. Quamvis itaque hæc manifesto redoleant superstitionem plusquam anilem, Christiani tamen eam definitionem retinuerunt, sibique persuaserunt, templa, altaria, calices, hodienum

consecranda esse Deo vel Sanctis a pontificibus et episcopis, et tunc fieri sacra, quasi non promiserit Christus, venturum tempus, ubi nec Hierosolymis nec in monte Garizim adoraturi simus Dominum, sed ubique sanctas manus tollere possimus.

§. CCCXV.

Vidimus rerum sacrarum definitionem : sequuntur jura earumdem. Nimirum inde Jurisconsulti colligebant, 1°. res sacras in nullius bonis esse, *l. 1, pr. l. 6, §. 2, h. t.* Per consecrationem enim hominum dominio res eximebantur et deo veluti proprie attribuebantur. Hinc insigne illud stratagema P. Clodii, tribuni plebis turbulentissimi, qui legem ferebat, ut Ciceronis in exilium ejecti domus Minervæ consecraretur. Id enim eo nomine fiebat, ut Ciceroni nulla spes esset illas ædes recuperandi, quippe omnium hominum dominio exemtas, et a religione occupatas, vid. *Cic. orat. pro domo.* 2°. Res sacras nec æstimari, nec obligari, nec alienari posse, *l. 9, §. 5, ff. h. t.* Nihil enim potest æstimari, quod non est in commercio. Et hinc nemo æstimabit aërem, quamvis hominibus saluberrimum, quia non est in commercio; adeoque nec res sacras. Quæ autem æstimationem non recipiunt, ea nec oppignorari, nec vendi, nec ullo alio titulo alienari possunt, ceu exemplo ejusdem aëris patet. 3°. Loca sacra manere etiam dirutis ædificiis, *l. 6, §. 3, ff. eod.* Exemplum est apud *Plinium lib. X, ep. 76.* Ratio erat, quod religio ipsum locum et aream occupare credebatur. Excipiebant tamen duos casus: (*a*) si urbs ab hoste esset capta. Tunc enim omnia sacra esse desinebant, quia sibi persuaserant veteres, deos, antequam urbs pereat, urbe excedere, eamque relinquere. (*b*) Si sacra essent evocata, *l. 9, §. 2, ff. h. t.* quod facere solebant hostes, urbem obsidentes, nec non, qui novum templum moliebantur Deo in loco, quem jam alius Deus videretur occupasse. De sacrorum evocatione multis ritibus superstitiosissimis facta multa sunt apud Macrob. *Saturn. lib. III, c. 8,* et Jac. Rævardum in *Conjectan. lib. II, c. 17.* Enimvero ita jure Romano cautum fuerat. Christiani imperatores hunc

rigorem quodammodo mitigabant, concedentes, ut sacræ res possent alienari ob redimendos captivos, qui apud barbaros reperirentur, §. *8, Inst. h. t. Nov. CXX, c. 9,* ob alendos pauperes in fame publica, *l. 21, C. de S. S. eccles.* et ob æs alienum ecclesiæ dissolvendum, *Nov. CXX, c. 10.*

§. CCCXVI.

Pergimus ad *res religiosas;* quæ nihil aliud erant, quam sepulcra dedicata diis manibus. Magna ergo erat inter res *sacras* et *religiosas* differentia. Illæ publica auctoritate fiebant sacræ, hæ privato cujusque facto, nempe illatione cadaveris in locum suum. Illæ consecrabantur, has sine consecratione religio occupare dicebatur. Illæ dicatæ erant diis superis, hæ diis manibus seu inferis. Requirebatur itaque 1°. illatio cadaveris humani, sive liberi sive servi. 2°. Illatio in locum suum. Si quis enim cadaver sepeliisset in loco alieno vel in agro publico, non fiebat locus religiosus, sed cadaver tollendum erat, *l. 6, §. 4, ff. h. t.* 3°. Illatio in locum privatum, *l. 2, §. 4, l. 8, §. 3, ff. de religios. et sumt. fun.* Locus vocatur *purus*, quem religio nondum occupavit, i. e. ubi nondum situm est cadaver. Nam ubi jam cadaver repositum erat, is locus erat religiosus, adeoque religiosus fieri non poterat.

Gellius, *Noct. Att. lib. 4, cap. 9,* observat, religiosum locum dici à relinquendo, quia ager, in quantum religione occupabatur, non colendus, sed relinquendus erat. Hinc in epitaphiis Romanorum certum designari videmus pedum numerum, quantum locus religiosus sit in porrectum et in frontem.

§. CCCXVII.

Jam facile intelligemus locorum religiosorum jura. Nam ex hac definitione colligebant Jurisconsulti, 1°. *cenotaphium* non esse religiosum locum, *l. 42, ff. de religios. junct. l. 6, §. ult. ff. h. t.* Cenotaphium enim est sepulcrum honorarium et cadavere vacuum; quale est Drusi cenotaphium, quod Moguntiæ visum, et Caii et

Lucii, Cæsarum, apud Pisanos. Jam vero locus religiosus fit per illationem cadaveris (516), ergo cenotaphium non est religiosum. Dissentiebant quidam veteres Jurisconsulti, et quidem moti auctoritate Virgilii, *lib. 6, Æneid. v. 150*, sed res decisa rescripto Antonini philosophi et L. Veri, Impp. quos in jure nostro divos fratres appellari novimus, *l. 7, ff. h. t.* 2°. Sepulcra commercio hominum esse exempta, *l. 12, §. 1, ff. de religios. l. 14, C. de legat.* Erant enim diis manibus sacra. At objiciat quis, legari tamen, immo et vendi potuisse sepulcra, *l. 14, C. de legat.* immo et fuisse familiaria et hereditaria, quæ adeo et in patrimonio familiæ fuisse oporteat, *l. 5, l. 6, ff. de religios.* Sed respondeo, distinguendum esse inter jus sepeliendi et sepulcrum ipsum. Illud erat in bonis, et hinc legari, vendi, et vel familiæ competere vel ad heredes transire poterat : ipsum autem sepulcrum nullius in dominio erat, adeoque illud occupare credebatur religio, ut ad certos pedes in porrectum non potuerit ager coli vel conseri, ubi cadaver situm erat. Vid. *Antiqu. nost. Rom. h. t.* 3°. Locum religione occupari, modo ibi caput, tamquam præcipua pars hominis, sit conditum, *l. 44, ff. de relig.* Et hinc si cadaver in partes sectum variis locis sepultum esset, non omnia illa loca religiosa erant, sed is, ubi caput situm erat. Rationem reddunt hanc, quod capite homo noscibilis sit et ab aliis hominibus distinguatur. Sed hæc quoque, ut hactenus omnia, superstitionem redolent, et a Christianis merito in corpore juris omitti debuissent.

De religiosis hoc observandum, quod decreto imperiali *du 23 prairial an 12, art. 14*, unusquisque potest in suum fundum inferre mortuum, et sic illum fundum reddere religiosum, non tamen eo sensu quo loca sua religiosa accipiebant Romani; sed eo sensu, ut in familiâ pro sacro quodammodò habeatur locus in quo pater, conjux, filius, alius-ve carissimus jacet. Cæterùm enim nihil impedit quominùs vel statim humatione factâ, vel aliquanto post, illum fundum avidus alienet hæres. Hoc ampliùs observandum, quòd mortuorum reliquias intra civitates et pagos condi vetitum est eodem decreto, ne odore fœtido civitas vel pagus, polluatur et funestetur. Qui mos corpora

mortuorum extrà urbes relegandi, perantiquus est. Ita enim Virgilius, *Eneid. lib. XI, v.* 204.

> . . . . Et corpora partim
> Multa virûm terræ infodiunt, evectaque partim
> Finitimos tollunt in agros, URBIQUE REMITTUNT.

Et Cicero, *lib.* 2, *de Legibus:* HOMINEM MORTUUM IN URBE NE SEPELITO NEVE URITO. Idem vetuit Antoninus Pius, *teste Spartiano.* Nobis Christianis, olim non in urbibus modò, sed in templis jus etiam sepulturæ erat. At ex decreto jam laudato hoc omninò prohibitum est. Exceptio tamen paulò post introducta est alio decreto, quo Imperatorum reliquiæ in ecclesiâ sancti Dionysii reponendæ, et corpora illustrium in Pantheono servanda sunt.

Cenotaphium.] De Cenotaphio vide BYNKERSHOECK, *Observ. lib. I, cap.* 5. Ibi, more suo, erudita et curiosa coacervat vir Doctissimus.

§. CCCXVIII et CCCXIX.

Pergimus ad *res sanctas*, quæ duplici sensu accipiuntur. Aut enim ita adpellantur a *sanciendo vel sanctione,* quia sanctione pœnali munitæ sunt, *l.* 8, *pr. h. t.* et animadversione digni censentur, qui hujusmodi res violant: aut quia dedicatæ sunt geniis, heroibus vel diis medioxumis, quales erant Romulus, Hercules et alii homines, quos inter deos receptos fingebant; Cuper. *Observat. III,* 16. Sic priore sensu erant sancti, immo sacrosancti tribuni plebis, quia nemo iis injuriam facere vel manus inferre poterat, *T. Liv. lib. II, c.* 32. Qui vel levissimam iis fecerat injuriam, is capitis adibat periculum. Posteriore sensu erant sancta mœnia, vel muri. Nam et hos dedicari consuevisse per aratrum circumductum, supra monuimus. Et hinc est, quod 1°. nec reficere muros urbis fas erat sine principis consensu, nec aliquid iis inædificare, *l.* 9, §. 4, *ff. h. t.* Quæ enim diis dedicata erant, illa non erant privati arbitrii, sed omnia in iis fieri debebant jussu pontificum, vel principis, tamquam pontificis maximi. Sed iidem tamen muri erant et priore sensu sancti, nam sanctione pœnali erant muniti, adeo ut, qui illos vel violaret, vel transcenderet, vel aliud quid in eos ausus esset, is capitis puniretur, *l. ult. ff. h. t.*

Origo hujus juris in eadem lege notabili traditur. Nam notum est, Romulum occidi jussisse Remum fratrem, quod irridens valli Romani angustiam illud saltu transmiserit; quo de facinore *Flor. l. I, c. 1.* Prima certe victima fuit (Remus), munitionemque novæ urbis sanguine suo consecravit; i. e. primus omnium ob mœnia Romana violata capitali supplicio adfectus est, occasionemque dedit, ut mœnia sancta fierent, et lex ferretur, ut, qui in posterum in illa quidquam admisisset, capitis damnaretur. A Romulo enim interfectus est adjectis verbis: *sic deinde, quicumque alius transiliet mœnia mea;* ceu refert *T. Liv. lib. I, 7.* Immo tam sancta et inviolabilia ex eo tempore visa sunt mœnia, ut et herbæ in pomœriis frondescentes sanctitatis vel inviolabilitatis signum præcipuum haberentur, *l. 8, §. 1, ff. h. t.* adeo ut, si legati vel feciales ad hostes mitterentur, hujusmodi herbas vel sagmina præferrent. *T. Liv. lib. I, c. 24.* Ceterum id adhuc notandum, sanctitatem hanc non mœnium Romanorum propriam fuisse, sed ad aliorum quoque municipiorum munitiones pertinuisse, adeo ut, qui illas violasset, capitis adiret periculum, *l. 8, §. 2, ff. h. t.* immo et qui valla castrorum saltu transmisisset, vel ea alio modo violasset, *l. 3, §. 17, ff. h. t.*

Muri et portæ urbium, non inter res sanctas habentur, sed inter res publicas, *Cod. Nap. art. 540 et 541.*

§. CCCXX, CCCXXI et CCCXXII.

Vidimus jus Romanum de rebus sacris, religiosis et sanctis, quod hic meram superstitionem sapit. Et tamen, quod mireris, Christiani non dubitarunt, horum jurium magnam partem servare. Unde etiam in corpus juris relata sunt a Justiniano, quamvis is Christianam religionem profiteretur. Nimirum quum Constantinus M. christianam religionem professus esset, templa magnifica exstruere eaque multis ritibus e paganismo retentis consecrare cœpit. Eundem morem retinuerunt ejus successores, et sæculo VI, ipse Justinianus, qui templum Sophiæ eodem modo consecravit Constantinopoli. Jam unusquisque, cui veri cultus divini aliqua idea est, facile ani-

madvertet, nihil esse magis a Christianismo alienum hujusmodi consecrationibus, quum nec Deus in templis manu factis habitet, et eis etiam ab hominibus nihil dari donarique possit, et in novo fœdere omne discrimen locorum ita sublatum sit, ut æque gratæ sint Deo preces in specu vel sub dio fusæ, quam in templo religiosissime dedicato. Nihilominus iste error paganus triumphavit, et jure canonico firmatus est, ut nefas credant, sacra in templo facere, nisi sollemni ritu ab episcopo consecratum sit, vel in ædibus privatis, nisi mensæ supponatur altare portatile reliquiis quibusdam sanctorum plenum. Sed errorem hunc jam alii solide profligarunt, et in his Rudolphus Hospinianus in opere docte scripto *de templis*.

1°. Sunt ergo et hodie *res sacræ*, veluti templa, vasa sacra, etc. eaque apud Romanenses ita dicuntur ob consecrationem, apud Protestantes ob destinationem et usum, quia scil. cultui divino peragendo destinatæ sunt, et his etiam usibus adhibentur; unde apud illos res sacræ manere dicuntur, quamvis cultui divino non amplius inserviant, quia semel consecratæ sunt, apud nos sacræ esse desinunt, simulac non amplius iis utimur ad cultum Deo exhibendum. 2°. Ab his hodie discernuntur *res ecclesiasticæ*, quæ non immediate, sed mediate tantum cultui divino inserviunt, veluti ærarium ecclesiasticum, agri, prædiaque ad ecclesias vel monasteria pertinentia. Iis enim Deum non colimus immediate, sed quia tamen inde reditus proveniunt, ex quibus salarium datur ministris ecclesiæ, hinc mediate ad cultum divinum destinata censentur. Hinc facilius alienantur, vel, ut canonistæ loquuntur, sæcularisantur, (*a*) si id expediat ecclesiæ, *l. 14*, §. *5*, *l. 17*, §. *1*, *C. de S. S. eccles.* (*b*) si accedat decretum episcopi, vel apud nos summi imperantis vel magistratus. Nam quia pia corpora, veluti ecclesiæ, orphanotrophéa, xenodochia minoribus comparantur, quippe sub perpetua aliorum curatione et administratione constituta: hinc nec alienanda sunt bona eorum immobilia sine caussæ cognitione et decreto superiorum, quia id etiam in rebus pupillorum et minorum immobilibus requiritur, *l. 1*, §. *2*, *ff. de rebus eor. qui sub*

tut. vel cur. sunt non alien. 3°. Sepulcra nobis non sunt religiosa. Quis enim tam fungo stupidior esset, ut crederet, animas ibi habitare, vel cadaver loco religionem conciliare? Romanensibus tamen religiosa censentur cœmeteria, non ob hanc rationem, sed quia aqua benedicta adspergi solent, Lancellot. *Inst. Jur. Can. l. II, tit. 17.* A quo ritu quum Protestantes abhorreant, cœmeteria illis non sunt religiosa, sed *sancta*, i. e. inviolabilia. Procul dubio enim is pœna coercendus esset, qui sepulcra ibi violare, corpora sepulta effodere, spoliare vel quoquo modo dehonestare ausus fuerit. 4°. Multæ nobis sunt *res sanctæ*, i. e. sanctione pœnali munitæ. Hinc violari nullo modo patimur templa, curias, ædificia publica, cœmeteria, aggeres, vias publicas, etc. Muri eatenus apud nos sancti sunt, quod et illos violari non patimur. Non tamen sunt res nullius, sed in dominio reipublicæ, *4 feud. 56.* Obiter notandum, simile fere illi Romano jus superesse in palatiis principum, quæ barbare vocant *residentias*. Nam ita ubique invaluit, ut, si quis vel gladium ibi stringat, vel alteri alapam dederit, vel vallum aliamque munitionem saltu transmiserit, is vel caput vel manum amittat: id quod vocant *den Burgfrieden*, *pacem castri*. Vide Stryckii diss. elegantissimam *de sanctitate residentiarum principum*.

§. CCCXXIII et CCCXXIV.

Hactenus de rebus divini juris. Sequuntur *res humani juris*, quæ dividi solent *in communes, publicas, universitatum et singulorum, l. 2, pr. ff. h. t.* Ut recte intelligamus hanc subdivisionem, notandum, quod et in scholis monuimus, eam ex philosophia Stoica profectam esse, cui deditissimi erant Jurisconsulti Romani. Stoici nimirum triplicem sibi fingebant rempublicam: unam *maximam* totius humani generis, in qua dii immortales imperantium vice fungerentur; alteram *majorem* singularum gentium, in qua reges et principes dominarentur; tertiam *minimam*, quæ in singulis municipiis oppidis, collegiis conspiceretur; nam et minora collegia imaginem quamdam majorum rerum publicarum præ se fe-

runt. Quemadmodum vero intelligi respublica non possit sine bonis vel rebus in ejus dominio constitutis, ita omnes has species res suas et bona habere. Bona itaque maximæ illius reipublicæ totius generis humani vocabant *res communes*, quales sunt res omnes inexhausti usus, veluti aer, aqua profluens, mare, etc. Bona totius populi vocabant *res publicas*, veluti *populicas*, nempe portus, flumina, etc. Bona denique minimarum rerumpublicarum vel collegiorum illis erant *res universitatis*, quales erant curiæ, theatra, balnea, etc. De hoc principio Stoicorum erudite disserit Gerh. Noodt *Probab.* 1, 2.

§. CCCXXV et CCCXXVI.

Jam harum rerum omnium definitiones videbimus. 1°. *Res communes*, quæ quoad proprietatem nullius, quoad usum omnium hominum sunt; adeoque ex Stoicorum principiis in nullius patrimonio privati, sed totius humani generis sunt: uti aer, aqua profluens, mare, littora maris, *l.* 2, §. 1, *ff. h. t.* §. 1, *Inst. h. t.* Ita Jurisconsulti Romani. Sed quod ad mare et ad littora maris adtinet, res non adeo expedita est. Certant de ejus imperio dominioque viri eruditi, veluti Joh. Seldenus, Hugo Grotius, Joh. Baptista Burgus, Corn. van Bynkershoek, Jac. Gothofredus, aliique, quorum toti tractatus exstant. Videtur res facile componi posse, si distinguamus 1°. inter oceanum et mare. Ille enim non est in dominio vel imperio, quia ejus possessio adprehendi ac retineri nequit. 2°. Inter imperium et dominium. Dominium maris terris nostris propioris frustra nobis vindicaremus: at nihil obstat, quo minus in mari tamquam accessorio terræ imperium exerceamus, leges præscribamus navigantibus, vectigalia exigamus, piratas afficiamus supplicio, etc. idque omnes gentes facere solent. 2°. *Res publicæ* sunt, quæ quoad proprietatem sunt populi, quoad usum singulorum ex populo, ut flumina, portus, ripæ, etc. *l.* 5, *pr. ff. h. t.* Sed observandum tamen, ideo non desinere res esse publicas, si usus singulis denegetur et soli principi vel summo imperanti concedatur. Nam sufficit, populum non minus in dominio

rem retinere, quamvis ejus usumfructum principi concedat. Potest enim unusquisque juri in favorem sui introducto renuntiare. Hinc hodie plerisque locis piscatio non amplius est reipublicæ, sed principis, ejusque, cui id jus vel princeps vel populus infeudatione vel privilegio indulget; et tamen id jus recte dici potest res publica. 3°. *Res universitatis* sunt, quæ quoad proprietatem sunt universitatis, quoad usum singulorum ex ea universitate, ut theatra, stadia, curiæ, senacula, etc. *L. 6, §. 1, ff. h. t.* Dicimus, usum patere singulis ejus civitatis membris: quod adeo verum est, ut, si quis nos prohibeat ea re uti, injuriarum teneatur, *l. 13, §. ult. ff. de injur.*

Littora maris sunt juris publici juxtà articulum 538 Cod. Nap.

§. CCCXXVII.

Ex quo facile patet, quomodo differant *res universitatis* et *res patrimoniales* seu *patrimonium civitatis*. Conveniunt in eo, quod utraque bona sint universitatis: sed in hoc differunt, quod rerum universitatis usus sit singulorum, patrimonii autem usus minime. Sic e. g. Romæ publico sumtu exstruebantur balnea publica, quorum rudera quædam magnifica ac splendidissima etiamnum supersunt. Hæc erant res universitatis. Quamvis enim dominium eorum penes totam civitatem Romanam esset, usus tamen manebat penes singulos cives. Unusquisque ibi lavare et valetudinem curare poterat. Contra civitas Norimbergensis magnum possidet territorium, in plures præturas vel præfecturas divisum. Id non est res universitatis, sed civitatis patrimonium. Non enim singuli cives Norimbergenses amplissimo illo agro uti, vel fructus et reditus inde sibi vindicare possunt; sed et dominium et usus ejus terrarum tractus est penes ipsam civitatem vel rempublicam.

De rebus universitatis vide *Cod. Nap. art. 542.*

§. CCCXXVIII.

Superest, ut quædam de *usu* hujus subdivisionis adda-

mus. Nimirum hodie, quæ olim publica erant, pleraque sunt in principum dominio vel usu, e. g. flumina, portus, jus venandi, piscandi, metallifodinæ. Et hinc hæc jura hodie accensentur *regalibus minoribus vel juribus majestaticis*. Vid. Zieglerus *de jure majest.* Hert. *de superioritate territoriali.* Quæritur itaque, cur hoc mutatum sit? vel, cur jus istud, quale Romæ fuisse diximus, non apud nos etiam obtineat? Ratio ex adquisitione provinciarum repetenda est. Recte docuit Hugo Grotius *de J. B. et P. II, 2, 4*, occupari posse provinciam vel *per universitatem*, quando tota provincia conjunctim adquiritur ac postea dividitur inter cives; uti Palæstinam ab Hebræis occupatam novimus : vel *per fundos*, quoties non tota provincia simul occupatur, sed unusquisque sibi aliquid ex ea provincia pro lubitu vindicat; qualem occupationem observamus apud populos Nomades, qui cum grege pecudum, camelorum, boum pererrant regionem, et, ubicumque reperiunt agrum sibi commodum, ibi tentoria figunt, et domicilium constituunt, tamdiu duraturum, donec gramen defecerit; tunc enim alio se conferunt. Jam cum pleræque gentes Europææ non Nomadum more vixerint, sed militiæ nomen clarum sibi quæsiverint : facile sane patet, eos provincias suas non per fundos, sed per universitatem vi bellica occupasse. Ubi provinciam per universitatem occupamus, ibi et singula, quæ illa provincia continentur, ad nos pertinent. Ubi singula in illo toto ad nos pertinent, ibi nihil est nullius, adeoque omnia, veluti metallifodinæ, feræ, pisces, flumina sunt populi. Quumque populus illa commode nec dividere posset inter singulos, nec communiter illis uti : consultissimum videbatur, ea relinquere principi, tamquam domanialia, ut iis aulam sustineret. Et hinc hujusmodi res tantum non ubique summis imperantibus relinquuntur. Sæpe tamen principes eas in feudum dant comitibus, baronibus, nobilibus, immo et plebeiis illas concedunt pro certo censu vel canone annuo fisco principis exsolvendo.

§. CCCXXIX.

Restat unum superioris divisionis membrum. Res esse

diximus vel communes, vel publicas, vel universitatis, vel singulorum seu privatas. De communibus, publicis, universitatis rebus diximus : quid vero sunt res singulorum seu *privatæ?* Resp. *quæ sunt in singulorum patrimonio,* sive vere, (si scil. res vere et actu dominum habent) sive per fictionem, (quoties jura fingunt, rem in dominio esse, quum nullum dominum habeat) e. g. domus, prata, horti plerumque habent dominos suos, adeoque vere sunt in patrimonio privatorum vel singulorum. At hereditas jacens vere et actu non est in dominio. Testator enim ad patres abiit, adeoque morte ejus dominium exspiravit: heres institutus etiam nondum est dominus, quia hereditatem demum adquirit per aditionem. Ergo hereditas jacens vere est nullius, *l. 1, pr. ff. h. t.*, et nihilominus tamen jura dicunt, eam sustinere personam defuncti, i. e. fingunt, defunctum adhuc esse rerum istarum dominum, quum dominus non sit, *pr. Instit. de stip. serv.* adeoque hereditas jacens est res privata vel in privati patrimonio posita per fictionem. Inde est, quod, qui ex hereditate aliquid surripuit, non quidem proprie fur sit, quia non subtraxit *rem alienam* et *invito domino*, qui nullus est : quia tamen per fictionem hereditas repræsentat personam defuncti, hinc, qui aliquid subtraxit, dicitur *expilasse hereditatem*, de quo crimine extraordinario singularis titulus exstat in ff. Vid. *l. 68, ff. de furt.*, *l. 4, ff. expil. hered.*

Hæreditatem jacentem sustinere vicem defuncti fingunt Jurisconsulti; ne, si hæreditates jacentes planè extrà dominium esse censerentur, quilibet sibi sumeret licentiam illas pro arbitrio expilandi.

§. CCCXXX.

Superest duplex divisio rerum in *mancipi* et *nec mancipi*, nec non in *corporales* et *incorporales*. Sed priorem divisionem sustulit Justinianus in *l. un. C. de vet. Jur. Quirit. toll.* De posteriore titulo demum sequente agitur. Ergo hic utramque divisionem possemus omittere. Quia tamen divisio prior non quidem in foro, sed tamen in theoria usu non plane destituitur, hinc de illa tantum

quædam addemus, ne plane ignari simus horum vocabulorum juris antiqui. *Res mancipi* vocabantur, quia in mancipio, i. e. dominio juris Quiritium, erant, et per ritum *mancipationis*, vel per æs et libram, quem ritum alio loco (*Antiqu. n. Rom. l. 1, tit. XII*, §. *6.*) descripsimus, in alios transferebantur. *Nec mancipi* quæ nec in mancipio seu jure Quiritario erant, nec per æs et libram alienabantur. Prioris generis erant prædia Italica, servitutes prædiorum rusticorum, servi, quadrupes, hereditas, liberi, margaritæ. Reliquæ omnes nec mancipi dicebantur. Cui plura scire volupe est, is cum fructu consulet Corn. van Bynkershoek opusculum *de rebus mancipi et nec mancipi.* Dubia quædam contra hoc opusculum movit Jurisconsultus Dresdensis eximius, Christfrid Wæchtlerus in *Actis Erud. Lips. Suppl. tom. VII, pag. 294.* Sed in rebus tam antiquis facilius est, dubia movere, quam ea dissolvere. Doctrina Bynkershoekiana nititur testimonio Ulpiani *in fragm. tit. XIX*, §. *1.*

De adquirendo rerum dominio.

§. CCCXXXI. CCCXXXII. CCCXXXIII.

Altera hujus tituli pars agit de adquirendo rerum dominio; unde hic de occasione hujus tituli dispiciendum. Diximus, secundam Institutionum partem vel alterum juris objectum versari circa Jus Rerum, quemadmodum primum in Jure Personarum, tertium in Jure Actionum occupatum est, §. CCCX. Jus rerum autem duplex est, vel *in re*, vel *ad rem.* De juribus in re agitur ab initio hujus libri II, usque ad lib. III, tit. XIV, ubi de jure ad rem agi incipit. Juris in re prima species est *dominium.* Ergo præcipue his et sequentibus titulis de modis adquirendi dominium tractatur. Videbimus itaque, 1°. quidnam sit jus in re et ad rem? §. 332—334; 2°. quid dominium et quotuplex? §. 335—338; 3°. quid modus adquirendi dominium? §. 339; 4°. quotuplices sint illi modi adquirendi? §. 340, usque ad finem tituli.

I. *Quid sit* jus in re et ad rem? et quomodo illa dif-

ferant quæritur? Illud a Grotio definitur, quod sit *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam:* hoc contra *facultas personæ competens in personam, ut hæc dare aliquid aut facere teneatur.* Ita utriusque juris in re et ad rem differentiæ in oculos incurrunt. Nimirum, 1°. ubi jus mihi est in re, ibi res mihi devincta est: ubi jus ad rem, persona obligata. 2°. Ex jure in re, rem meam peto: ex jure ad rem, dari aliquid vel fieri postulo. 3°. Ex jure in re nascuntur actiones reales adversus quemcunque possessorem: ex jure ad rem tantum personales adversus eum, quocum mihi negotium fuit, non adversus tertium possessorem; exceptis actionibus paucissimis, quæ, quamvis personales sint, tamen dantur adversus quemcumque possessorem, et ideo dicuntur *in rem scriptæ*, quas reperies suo loco infra (§. MCXLVI in scholio.) Sic e. g. si ex dominio tanquam ex jure in re ago, tunc, ubi rem meam invenio, ibi eam vindico, sive cum ea persona negotium mihi fuerit, sive non fuerit. Contra, si a bibliopola librum emi, isque eum nondum mihi traditum vendiderit iterum Sempronio: ego sane contra Sempronium agere nequeo, quia cum eo nullum mihi umquam intercessit negotium, sed agere debeo adversus bibliopolam, a quo emi, quia ago ex contractu, i. e. ex jure ad rem.

§. CCCXXXIV.

Sed quæritur, quænam sint species juris in re et ad rem? Ex superioribus responsio facillime dari potest. Nam omne jus ad rem est *ex obligatione*, adeoque hæc unica est species juris ad rem, quæ non habet conspeciem. Quotuplex autem ipsa sit obligatio, infra *lib. III, tit. XIV, §. 769, seqq.* videbimus. At difficilius respondetur ad quæstionem, quot sint species juris in re? quippe de qua controversia haud levis nata est inter Jurisconsultos. Nam Hahnius ad Wesenbecium et plerique alii quinque enumerant species: 1°. dominium; 2°. hereditarium jus; 3°. servitutem; 4°. pignus; 5°. possessionem. Primus hoc circulos turbavit illustris Lipsiensium Jurisconsultus, Jac. Bornius, qui in diss. *de jure in re* unam speciem esse demonstrat,

monstrat, puta dominium. Nam 1°. possessionem plane negat jus esse. Possessio non in jure, sed in facto consistit. Si ergo ne quidem in jure consistit, sane non est jus in re. 2°. Quatuor reliquas species ad unam reducit, nempe ad dominium. Nam dominium, inquit, aut *universale* est; et tunc vocatur hereditas : aut *singulare*. Singulare vel est in *re corporali* vel in *incorporali* illud, aut proprietatem dat, aut possessionem. Si proprietatem, vocatur *dominium* κατ' ἐξοχήν. (per excellentiam.) Sin possessionem, vocatur *pignus*. Si denique in re incorporali vel jure consistit, *servitus* inde nascitur. Ita Bornius. Sed dici non potest, quanta inde bella, nullos habitura triumphos. Bornii enim sententiam tanta animorum commotione impugnarunt Glæserus, Jurisconsultus Helmstadiensis, Schwendendoerfferus, Lipsiensis, et alii, ac si non de problemate aliquo juridico, sed de salute Græciæ ageretur. Nos, qui extra partes sumus, facile jam possumus arbitrari, ex utra parte stet veritas. Nimirum rectissime Bornius negat, possessionem jure Romano esse jus in re. Id paullo aliter probamus quam Bornius. Nam 1°. possessio non producit jus, nisi momentaneum, *l. 15, ff. de adquir. rer. dom. l. 5, ff. de usurp. l. ult. C. qui legit. pers. standi in jud.* Id est, ex possessione sola nullum mihi nascitur jus nisi quamdiu possideo. Hinc si quis jus suum judici demonstrat, statim possessione excedere cogor, si vel maxime dicam, me bona fide et justo titulo possidere. Atqui jus in re non est jus momentaneum, sed durare debet etiam possessione amissa; hinc e. g. surrepta re non desino dominus heresve esse : re vi occupata ab alio nec jus pignoris nec servitutis, si quod habeo, exspirat. Hinc recte ratiocinamur, nullum jus in re est momentaneum §. 333 : possessio dat jus momentaneum, uti jam demonstravimus : ergo possessio non est jus in re. 2°. Idem probamus ex effectu. Omne jus in re producit actionem in rem vel realem, quæ adversus quemcumque possidentem datur, *l. 25, ff. de oblig. et act.* §. *1, Inst. de act.* Quia enim res ipsa mihi devincta est ex jure in re, parum refert, quis illam habeat. Ubi eam igitur invenio, ibi vindico, uti ad superiores §§. ostendimus. Atqui ex possessione nascuntur jura possessionis ac interdicta recu-

perandæ possessiouis, quæ non sunt in rem, sed in personam, *l. 7, ff. de vi, etc.* Nec interdicta uti possidetis et utrubi vel retinendæ possessionis realia sunt. Hic enim agit, qui possidet. Is autem in rem agere nequit, præterquam unico casu, nempe actione negatoria, §. 2, *Inst. de Act.* Quum itaque nulla actio, quæ ex sola possessione datur, in rem sit, facile et inde patet, possessionem non esse jus in re. Addimus tamen, Jus Canonicum in caussa esse, cur tot Jurisconsulti possessionem pro jure in re venditarint. Nam quum illud invexerit actionem et exceptionem spolii, et utraque etiam tertio possessori obstet, non potuere non inde colligere Jurisconsulti, possessionem naturam juris in re induisse. Hactenus recte rationes subduxit Bornius. At nulla isti satis justa fuisse caussa videtur, reliquas species juris in re ad unum dominium reducendi. Quid enim proficiet inde ars nostra, si quatuor species natura sua diversas quatuor esse negemus, quoniam in uno conveniunt. Nobis non placet διχοτομεῖν, adeoque consultissimum videtur, quatuor enumerare juris in re species, *dominium, jus hereditarium, servitutem, pignus;* qua in re Huberos et alios Jurisconsultos doctissimos habemus consentientes.

Si nostram sententiam in medium proferre licuerit, dicemus cum Bornio, unum esse jus in re per excellentiam, nempè, dominium proprietatis. Cætera enim omnia jura in se complectitur; adeò ut ista nihil aliud sint quàm dominii fractiones. Sic v. g. servitus minuit jus domini prædii servientis qui jam non tam plenè absolutèque hujus prædii est dominus, sed cum onere servitutis in eo impositæ. Cùm verò pars, plerumquè naturam totius sapiat, non nego etiam, immò cum Heineccio fateor, servitutem esse jus in re à quâ debetur. Et in summâ, jus in re vel universale est, omnia in se jura complectens quæ in rem competere possunt, et tunc dominium appellatur, *Cod. Nap. art. 544;* vel particulare, quædam tantùm complectens quæ dominium complent quandò ab eo separata non sunt, illud verò minuunt si ab illo separantur.

§. CCCXXXV—CCCXXXVIII.

Jam ergo de primo jure in re, puta *dominio*. De quo

quaeritur, 1°. quid et quotuplex sit, §. 335-338; 2°. quot modis adquiratur, §. 339, ad fin. tit.

I. *Quid sit dominium*, non difficilis est quæstio. Dicimus illud esse *jus in re.* Nam qui dominus est, ei res ipsa ita devincta est, ut eam vindicare possit a quocumque possessore, sive ipsi cum hoc negotium fuerit, sive non fuerit, §. 332. Dicimus, *jus in re corporali.* Incorporalia enim in bonis quidem sunt, non autem in dominio, *l. 49, ff. de V. S.* Unde et, si jura persequimur, non id facimus rei vindicatione, quæ ad solas res corporales pertinet, *l. 1*, §. *1, ff. de rei vind.* sed actione confessoria vel negatoria. Dicimus porro, *ex quo facultas de ea disponendi eamque vindicandi nascitur.* Nimirum qui dominus est, is habet 1°. *dispositionem* de rebus suis, et quidem (α) ut possit re cum exclusione aliorum uti, (β) eam inter vivos et mortis caussa alienare et in alium tranferre, (γ) eadem plane abuti eamque consumere. Habet etiam dominus, 2°. *vindicandi* facultatem. Qui enim dominus est semel, is talis est semper, adeoque rem vindicat a quocumque possessore. Exemplo esse possunt servi Romanorum. His, quia in dominio erant, uti poterant domini pro lubitu, poterant eosdem aliis donare, vendere, legare, poterant iis abuti, siquidem et jus vitæ et necis in eos habebant, denique, si servus fugisset, vel furto surreptus esset, eum ubicumque deprehensum in servitutem retrahebant. Hæc sunt vera effecta dominii. Sed additur tamen in definitione nostra limitatio, *nisi lex vel conventio vel testatoris voluntas obstet.* His enim facile fieri potest, ut dominium restringatur *lege*; *e. g.* ea prohibet, nos res vindicare, quæ usucaptæ sunt: *conventione*, nam ea prohibentur vasalli, quo minus feudum inconsulto domino alienare possint, cum tamen ipsi quoque dominium habeant: *ultima testatoris voluntate* prohibetur alienatio fideicommissi, cum tamen et ejus dominus sit fiduciarius.

II. Hactenus definitio dominii. Sequuntur divisiones variæ. Nam dominium erat 1°. vel *Quiritarium*, Theophilo ἔννομον, legitimum: vel *Bonitarium*, Theophilo φυσικὸν, naturale. Vide Theoph. §. *ult. Instit. de libert.* Illud erat civium Romanorum, adeoque peregrinus nihil habere poterat in dominio Quiritario: hoc commune erat

omnibus hominibus. Illud tantum consistebat in rebus *mancipi*, de quibus §. 330, hoc in rebus etiam *nec mancipi*. Sic e. g. fundus Italicus poterat esse in dominio Quiritario, et fundus provincialis tantum in bonis erat, et hinc nec usucapi poterat. Vid. *pr. Instit. de usucap.* Sed hanc divisionem sustulit Justinianus duabus constitutionibus, nempe *l. un. C. de vet. jur. Quir. toll.* et *l. un. C. de usucap. transferend. et sublat. differ. rer. manc. et nec m.* ubi cum fructu addi potest. Cujacius *in paratitlis ad h. t. codicis.*

2°. Dividitur in *plenum* et *minus plenum*. *Plenum* est, ubi et disponendi facultas et jus utendi in una persona conjunguntur: *minus plenum*, ubi duo hæc jura divisa et quodammodo separata sunt. E. g. in feudo vasallus habet jus omnem percipiendi utilitatem, sed non jus disponendi de feudo, sed illud inter dominum et vasallum divisum est, ita ut hic nec alienare possit feudum, nec oppignorare sine consensu domini. Ergo utriusque dominium non est plenum, sed minus plenum. *Minus plenum dominium* iterum duplex est. Nam qui sibi reservavit jus, ut sine ejus consensu possessor de re libere disponere nequeat, is dicitur habere *dominium directum*; qui autem solus omnem ex re utilitatem percipit, ei *dominium utile* tribuitur. Sic e. g. in emphyteusi dominus emphyteuseos (*der Erbenzinsherr*) est dominus directus: emphyteuta autem (*der Erbenzinsmann*) est dominus utilis. Abhorrent aliqui ab his vocabulis, quod ea in jure non occurrunt, sed a glossatoribus inventa sunt. Et sane non admodum sunt concinna, et elegantius res potest exprimi, si dominium in *verum* et *jus dominio proximum* dividamus, ceu factum a B. Hubero, Dno Westenbergio et ab aliis. Sed cui bono, quæso, mutemus vocabula ubique in foro et inter Jurisconsultos recepta? maxime quum, licet non admodum elegantia sint, tamen non plane barbara sint judicanda. Magis utile est, observare, hodie tres esse species dominii minus pleni, *jus emphyteuseos, jus superficiei et jus feudi.* Duo priora ex jure Romano sunt, postremum Romani ignorant.

Dominium proprietatis definitur *in art. 544 Cod. Nap.*

Idem jus distinguitur quoad usumfructum et nudam proprietatem, in eodem *Cod. Nap. art. 578 et 899.*

§. CCCXXXIX.

Pergimus ad alteram partem, quam de dominio observandam diximus. Quæritur enim jam, quibus modis dominium adquiratur? Hic dispiciendum, 1°. quid sit modus adquirendi, §. 339; 2°. quotuplices sint, §. 340; 3°. quot sint modi juris gentium, §. 341-fin.

I. Quod ad primam adtinet quæstionem, cavendum ante omnia, ne confundamus *titulum* et *modum adquirendi*, quippe qui toto cælo differunt. Omne enim dominium duplicem habet caussam, *proximam*, per quam immediate dominium consequor: et *remotam*, per quam et propter quam mediate fio dominus. E. g. si rem a domino emi, et hinc mihi rem emtam tradit, dominus fio, et tunc traditio est caussa dominii proxima, emtio autem caussa remota. Jam ut rem adplicemus, caussa dominii *proxima* vocatur *modus adquirendi*: caussa autem *remota*, *titulus*. Et hi etiam effectu differunt. Nam 1°. per titulum tantum consequor jus ad rem, per modum adquirendi, in re. 2°. Ex titulo ago in personam, adversus eum, quocum mihi negotium fuit: ex modo adquirendi in rem ago, adversus quemcumque possessorem. Exempla habetis in *l. 72, ff. l. 15, C. de rei vindic. et l. 3, ff. de obl. et act.* ubi hic casus: Res, e. g. liber a bibliopola primum mihi, deinde Titio venditus est, posteriori etiam traditus. Quæritur, an ego, qui prior emi, adversus Titium agere et librum prius emtum vindicare possim? Negatur. Nam qui emit, jam tum titulum habet, nondum autem rem adquisivit, adeoque nec in rem agit adversus quemcumque possessorem, quia jus in re nullum habet: sed agere debet adversus bibliopolam, quocum ipsi negotium fuit, ad implendum contractum, vel, si adimplere nequeat, ad id, quod interest. Notandum itaque hic axioma: *titulus numquam dat jus in re, sed debet accedere traditio, l. 20, C. de pact.* Ergo sive emerim, sive res mihi legata, donata, permutata sit, nondum tamen sum dominus, antequam

traditio accedat, quæ sola transfert dominium vel jus in re, modo præcesserit titulus ad transferendum dominium habilis, *l. 31, pr. ff. de adquir. rer. dom.* §. 4, *Inst. h. t.* Ergo nec titulus sufficit sine traditione, nec traditio sine titulo. Hoc axioma regnat per universum jus, et probe infigendum est memoriæ. Sunt tamen quædam exceptiones, quas in scholio 2 adjecimus. Nimirum excipitur 1°. *jus hypothecæ.* Hypotheca enim non traditur creditori, ut alia pignora, sed pacto id jus in re constituitur. Et tunc creditor habet actionem realem adversus quemcumque possessorem, quamvis numquam rem traditam acceperit vel possederit, *l. 1, pr. ff. de pign. act.*

2°. *Servitutes negativæ.* Servitutes sunt jura : jura sunt res incorporales. Hæ proprie non traduntur, sed quasi traduntur; quæ quasi traditio consistit in unius exercitio et patientia alterius. E. g. si quis mihi promisit servitutem viæ, et deinde ego eo, ambulo, ago, veho per ejus fundum, et ille patitur id fieri, tunc quasi tradita est mihi servitus, *l. ult. ff. de serv. l. ult. ff. de serv. præd. rust.* At id tantum verum est de servitutibus affirmativis, veluti itinere, actu, via, luminum, stillicidii, etc. At negativæ per rerum naturam nec tradi, nec quasi tradi possunt. E. g. si cui promisi servitutem, ne altius tollam ædes, tunc nec tradere ei quidquam possum, nec pati, alter etiam nihil exercere potest, sed sola pactione hoc jus in re constituitur, adeoque solo titulo. 3°. *Res tribus judiciis divisoriis adjudicatæ.* Hæ enim statim postquam adjudicatæ, meæ fiunt, quamvis nondum traditæ. Sunt autem judicia illa divisoria, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Ergo si coheredi, vel condomino, vel vicino quidquam ex his judiciis adjudicatur, ad eos statim transit dominium, §. *ult. Inst. de off. jud.* Vulgo Jurisconsulti, et in his Dnus *Ludovici*, id valere existimant in omnibus adjudicationibus : sed id erroneum. Nam (*a*) §. *ult. Inst. de off. jud.* expresse tantum de tribus illis judiciis divisoriis loquitur, non autem de reliquis. (*b*) Si omnis sententia judicis jus in re tribueret, actionem judicati oporteret esse actionem realem, quum tamen manifesto personalis

sit, fatentibus omnibus. 4°. *Adquisitiones per ultimam voluntatem.* Traditio fieri debet a domino, vel saltim ejus mandato ab alio, *l. 9, §. 4, ff. de adquir. rer. dom.* Mortuus autem tradere non potest. Et hinc heres fit heres sine traditione per aditionem. Legatarius speciem sibi legatam adquirit sine traditione statim a morte testatoris, *l. ult. ff. de serv. leg. l. 19, §. 1, ff. quemadm. serv. amitt.*

Jure nostro ad transferendum dominium traditio non ampliùs exigitur, et titulus vel nudus sufficere videtur, ex sententiâ art. 711, ubi dicitur dominium acquiri solo effectu obligationum, id est, nudâ conventione, quâ omnes ferè subsistunt contractus. Hoc etiam confirmari potest articulo 1583, ubi legislator ait, ex venditione dominium emptori esse ipso jure acquisitum, etiamsi nec traditio secuta fuerit, nec pretium solutum. (Adde *art. 1606 in fine et 938.*) Sed nihilominùs fatendum est, plures superesse contractus, qui ex ejusdem Codicis dispositione, non, nisi factâ traditione, contrahi possunt. Vide *art. 1875, 1892, 1915, 1919, 2071, 2076*, et imprimis, *art. 1141 et 1690.*

§. CCCXL.

Quæritur, (II.) quotuplices sint modi adquirendi? Dividuntur ab origine. Nam alii ex ipso jure naturæ et gentium promanant, et omnibus omnino gentibus communes sunt. Alii ex solo jure civili Romanorum fluunt, et hinc apud alias gentes vel ignoti sunt, vel aliter se habent. Sic e. g. omnibus gentibus communis adquirendi modus est traditio. *Quid enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam habere?* inquit Jurisconsultus *l. 9, §. 3, ff. de adquir. rer. dom.* Contra, usucapionem non omnes gentes sciunt, vel saltim eam non eodem modo servant ac Romani. E. g. Romano jure usucapimus rem immobilem decem annis inter præsentes, viginti inter absentes : mobilem triennio. Contra Germani, et hodienum Saxones, Angli aliæque gentes rem mobilem anno, immobilem triginta annis, anno et die, i. e. 31 annis, 6 heddomadibus et 3 diebus usucapiunt. Itaque traditio est ex jure gentium : usucapio ex

jure civili. Ex quo manifestum est, modos adquirendi esse vel *naturales*, qui ex jure naturæ et gentium fluunt: alios *civiles*, qui ex jure civili promanant. De naturalibus hoc titulo, de civilibus infra tit. 6, et seq. agitur.

Codice Napoleone sunt etiam modi acquirendi, vel *naturales*, ut inventio, venatio, etc. vel *civiles*, ut donatio, hæreditas.

§. CCCXLI.

(III.) Quotuplices vero sunt naturales adquirendi modi? Ea de re non convenit inter Jurisconsultos. At hos in viam reduxerunt *Grotius de J. B. et P. L. II, c. III, §. 1*, et *Puffend. Lib. IV, cap. VI, §. 1.* Aut enim adquirimus rem, quæ non est in alterius dominio; e. g. feram bestiam, examen apium, piscem e mari extractum: aut res, quæ in alterius dominio est, in nostrum dominium transfertur; e. g. si heres fit dominus rerum, quas defunctus habuit; si emtor sit dominus rei, quam venditor habuit: quamque hic illi tradidit. Priores adquirendi modos, quibus dominium rerum in nullius dominio constitutarum consequimur, Grotius vocat *originarios*: posteriores, quibus dominium ab uno ad alterum transfertur, *derivativos*. Originarii iterum duorum generum sunt. Nam aut rei substantiam ipsam adquiro, aut incrementum et fructus, qui ex substantia rei proveniunt. Si prius, Puffendorfius hos modos originarios dicit *simpliciter*: sin posterius, *secundum quid*. Sic e. g. si quis examen apium in sylva captum alveario includit, modus hic adquirendi simpliciter est originarius, quia ipsam apium substantiam cepit. At postea etiam dominus fit mellis, quod fecerunt apes, isque modus adquirendi est originarius secundum quid, quia, quod per istam substantiam apium accedit, incrementum adquirit. Jam ergo facile omnes modos adquirendi naturales reperiemus et recensebimus. Unus est originarius simpliciter, isque vocatur *occupatio*; de qua agitur §. 342-355: unus originarius secundum quid, qui vocatur *accessio*; de qua a §. 354-378: unus derivativus, qui vocatur traditio, de qua §. 379, ad finem.

§. CCCXLII et CCCXLIII.

Modus adquirendi simpliciter originarius est *occupatio*, quæ est *rerum corporalium nullius adprehensio cum animo sibi habendi*. Hæc definitio recte intelligenda. Dicitur occupatio *adprehensio*, et quidem talis, qualem res patitur, e. g. ut feram capiam, ut gemmam tollam, ut urbi immittam copias; ita enim hæ res occupari solent. Sed additur, *cum animo sibi habendi*. Nisi enim is adsit, adprehensione nihil adquirimus; quemadmodum et animus non sufficit sine adprehensione. Sic e. g. si furiosus aliquid tollit, rem non occupat, quia animus sibi habendi deest. Contra si quis e fenestra prospiciens videat gemmam in luto jacentem, et clamet, hanc mihi habebo, non fit dominus, si alius præteriens eam prior adprehendat. Debent ergo conjunctim adesse adprehensio corporalis et animus sibi habendi. Addimus porro in definitione, *rei nullius*. Ubi enim res jam dominum habet, occupatione sane eam nostram haud facimus, sed furtum committimus contrectando rem alienam invito domino. Inde itaque facile intelliguntur quatuor axiomata, quæ §. CCCXLIII, de occupatione dedimus. Nam 1°. quæ nullius sunt, cedunt occupanti. In jure nostro autem aliquid nullius dicitur vel *natura*, veluti piscis in mari, fera bestia, §. *12*, *22*, *Inst. h. t.* vel *tempore*, *quia* veteris domini memoria non exstat, veluti thesaurus, §. *39*, *Inst. h. t.* vel *facto* prioris domini, qui rem eo animo abjecit, quod nolit eam in numero rerum suarum habere; quæ res in specie vocantur *pro derelictis habitæ*, §. *46*, *Inst. h. t.* De omnibus valet axioma nostrum : Quæ nullius sunt, cedunt occupanti, quia nihil est, quod occupantis dominium impediat. 2°. *Occupatio fit animo et actu corporali simul.* Quamdiu enim non adprehensa est res, nihil est, cur dicamus, rem magis unius quam alterius esse. Si autem non est animus adprehendendi, actus non est humanus, adeoque nullum potest effectum civilem producere. Adprehensio autem corporalis rerum immobilium ordinarie fit manu, immobilium pedibus vel ingressu in rem. Hinc facile intelligi-

tur nobilis illa quæstio apud Plutarch. *quæst. græc. 30.* Andrii et Chalcidenses audiverant, barbaros urbem Acanthum deseruisse: miserunt singuli singulos, qui explorarent, an id esset verum, et, si verum esset, urbem occuparent. Hi propius accedentes cum dubitare non possent, locum desertum esse, Chalcidensis legatus cursu concitato contendit, ut prior Chalcidensium nomine occuparet. Andrius cum se cursu superari intelligeret, jaculum, quod gestabat, urbi immisit, et quum id prius portæ infixum esset, quam Chalcidensis eam attingeret, dixit, Andriorum nomine se prius occupasse. Arbitri dati Eretrienses, Samii et Parii. Priores duo pro Chalcidensibus, posteriores pro Andriis pronuntiarunt. Quid de tota controversia statuendum? Chalcidensium caussa justissima fuit. Quis enim urbes jaculo, tamquam aviculas, occupat? An ideo hostis dicitur occupasse urbem, quia aliquot millena globorum immittit? Vid. Puffend. *in J. N. et G. Lib. III, cap. VI, §. 8.* Utrique quidem legato fuit animus urbem desertam nomine gentis suæ occupandi, sed non uterque adprehendit urbem eo modo, quo possessio urbium adprehendi solet. 3°. Quæ custodia coerceri nequeunt, nec occupari possunt (per axiom. 2.). Quid autem prodest, adprehendisse, si possessionem retinere nequeam, *l. 13, pr. §. 2, ff. de adqu. rer. dom.* Et hinc recte V. C. van Bynkersh. in libello *de dominio maris*, annexo comment. ad Leg. Rhodiam, negat, Oceanum occupari posse; quia possessio classe adprehensa retineri nequeat. Classe enim domum reversa æque facile alius classe instructus in mari dominatur ac nos.

' . Jure novo, res nullius non cedunt occupanti, sed dominio publico addicuntur. *art. 539, 713 et 768.* Excipe thesauros. §. 350.

§. CCCXLIV.

Species occupationis quot sint, hoc §. ostenditur. Nimirum tres sunt, *venatio, occupatio bellica et inventio.* 1°. *Venatio* est bestiarum ferarum occupatio. Quumque feræ bestiæ vel quadrupedes sint, vel volucres, vel aqua-

tiles, hinc et venatio triplex est, venatio proprie sic dicta quadrupedum, aucupium avium, piscatio aquatilium vel piscium. 2°. *Occupatio bellica* est personarum et rerum hostilium captarum. Ubi dubium insigne nascitur. Occupatio enim est rerum nullius. (§. 343.) Atqui res et personæ hostium, quas capimus, non sunt nullius, sed in dominio hostium, vel plane personæ liberæ; neque umquam hostes eas res pro derelictis habuerunt. Ergo omnino occupari nequeunt? respondemus (§. 348.), Romanos vere existimasse, res hostium esse res nullius. Observavit id jam Dn. Westenbergius, *pr. ff. de adqu. rer. dom.* §. 39, et quidem *ex l. 1*, §. *1*, *ff. de adquir. vel amitt. poss.* ubi Jurisconsultus manifesto res hostium comparat cum rebus nullius. Sed id jam addimus, etiam jus naturæ et gentium hoc principium admittere. Eleganter eam in rem *Puffend. lib. IV, de J. N. et G. cap. VI*, §. *14*. *Sciendum est, per statum hostilem, uti cetera jura publica, ita et effectum dominii abrumpi, hactenus, ut non amplius quis teneatur ab hostis rebus manus abstinere, nisi qua humanitas suaserit. In bello ergo res hostium in ordine ad alium hostem redduntur veluti dominio vacuæ, non, quod hostes per bellum ipso jure rerum suarum domini esse desinant, sed quia illorum dominium non obstat hosti, quo minus eas res auferre sibique habere possit, prorsus uti ad rei vacuæ dominium adquirendum sola adprehensio sufficit.* 3°. *Inventio* est rerum nullius mobilium, vel in nullius dominio constitutarum, vel pro derelictis habitarum, occupatio. Sic e. g. inventione nostras facimus gemmas a mari ejectas, nummos in via publica inventos, quorum dominus nusquam adparet, etc. Jam de singulis.

§. CCCXLV, CCCXLVI et CCCXLVII.

Prima occupationis species est *venatio*, quam jam ad superiorem §. definivimus. Quum itaque sit ferarum bestiarum occupatio, manifesto patet, tria hic esse indaganda, 1°. quænam sint feræ bestiæ? §. 345; 2°. quomodo per venationem nostræ fiant? §. 346; 3°. quamdiu occupatæ nostræ fiant? §. 347.

I. Bestiæ dividuntur in *mansuetas*, *feras et mansuefactas*, quamvis has multi ex veteribus ad feras retulerint. 1°. *Feræ* sunt, quæ libere vagantur et non nisi vi capiuntur, ut lepores, cervi, apri. In *Institt.* nostris §. 15, *h. t.* dicitur, quæ non habent animum redeundi. Nam e. g. avicula semel manu emissa non redibit; est ergo fera bestia. 2°. *Mansuetæ* sunt animalia domestica, quæ habent animum redeundi, e. g. sues, boves, anseres, gallinæ, anates : 3°. *mansuefactæ*, feræ natura, domi nostræ cicuratæ, e. g. cervi cicures, columbæ, pavones, apes. Ergo facile patet, feras tantum venatione capi posse, non animalia mansueta, vel mansuefacta. Hæc qui venatur, fur est, non venator.

II. Quomodo ergo per venationem nostra fiunt animalia? Rem explicavimus 5 conclusionibus, quæ omnes fluunt ex axiom. 1, §. 343. *Quæ nullius sunt, cedunt occupanti.* Inde enim prono alveo fluit; 1°. feras bestias captas statim nostras fieri. Sed id recte intelligendum. Supponitur enim hic, feras esse res nullius; id quod etiam, quod ad jus naturæ et gentium adtinet, dubio caret. Sed cum supra demonstratum sit (§. 328.), in provinciis per universitatem occupatis nihil esse nullius, sed omnia in dominio reipublicæ vel populi occupantis, facile patet, potuisse populum tamquam qui jus occupandi occupavit, hujusmodi res principi tradere, tamquam præcipuas et peculiares; adeoque privatos usu earum excludere; id quod et fere ubique factum, unde hodie feræ quidem bestiæ cedunt occupanti, sed eo tantum casu, si habeat jus venandi, piscandi, aucupandi. Alioquin enim, si hoc jure destitutus venari velit, pœnis merito coercetur. 2°. Capi posse feras etiam in fundis alienis, *l. 3, §. 1, de adqu. rer. dom.* Res enim nullius non quidem quærere possum in fundo alieno, §. 351. At casu fortuito repertam statim meam facio, adeoque et feram in agro alieno vagantem. Sed addendæ tamen duæ limitationes : (α) modo ne alterius fundum violem. Nam si in agro consito feram prosequar et fruges corrumpam, damnum resarciendum est merito. (β) Modo ne dominus me ingredientem prohibeat. Quemadmodum enim mihi jus est, rem nullius etiam in alieno occupandi : ita alteri vi dominii jus est,

alios usu rerum suarum excludendi, adeoque prohibendi, ne quis venandi caussa fundum suum ingrediatur. (γ) Feras inclusas capi venando non posse. Sic pisces includuntur piscinis : feræ vivariis : apes alveariis. Non posse tunc capi feras inclusas, manifesto patet ex *l. 3, §. 14, ff. de adqu. vel amittit. possess.* Ratio est, quia occupatio est rerum nullius. (§. 341.) Quæ autem jam occupata sunt, non sunt nullius. Qui enim pisces captos piscinæ suæ immisit, eos adprehendit et habuit animum eos sibi habendi. Qui adprehendit animo sibi habendi, factus est dominus. (§. 343.) Ergo res non est nullius, adeoque, qui in piscinis plenis piscatur, furtum committit. (δ) Venationem nullam esse ferarum mansuetarum et mansuefactarum. Hanc conclusionem ejusque rationem jam explicavimus paullo ante. (ε) Vulnerationem non sufficere, sed accedere opportere adprehensionem, sive illa manu fiat, e. g. si cervus occisus a nobis tollatur : sive instrumentis, e. g. si cervus in casses inciderit, pisces reti nostro teneamus. Quamvis autem non sufficiat feræ vulneratio, *l. 3, §. 1, l. 55, ff. de A. R. D.* Jus tamen vulneranti competit eam persequendi, etiam per fundum alterius et ibi cadentem occupandi, modo id non faciat adhibitis canibus et inflato corniculo. Ita mores fere ubique servant.

III. Quamdiu fera capta nostra sit, ex regula hac patebit. Quoad fera libertatem naturalem non recuperavit, nostra est. Si custodiam nostram evasit, nostra esse desinit, *§. 12, Inst. h. t.* Et hinc si a nobis fugientem cervum alius occupet, suumque faciat, non possumus cum eo furti agere, quia rem nullius, non nostram, contrectavit. Regula hæc ab aliis juris principiis plane recedit. Nam supra diximus, alias jus in re non esse momentaneum, sed perpetuum, adeoque rem, cujus semel dominium adquisivimus, amissa possessione non desinere nostram esse. (§. 333.) Hinc e. gr. servus noster fugiens libertatem naturalem non consequitur, quia semel nostro in dominio fuit, et hinc, ubicumque repertus, potest vindicari. Res furto ablata nostra manet nihilominus. Semper enim jus in re perpetuum est. At in solis feris hæc regula fallit; uti jam Grotius *de J. B. et P. Lib. II. cap. VIII, §. 3,* observavit. Simulac enim aufugerunt et evaserunt custo-

diam nostram, pristinam recuperasse libertatem et nostræ esse desiisse censentur, adeoque a quocumque sine furti crimine recte occupantur.

De venatione et piscatione vide *Cod. Nap. art. 715*, et leges *des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789, 30 avril 1790, 6 octobre 1791, 6 et 30 juillet 1793, 11 ventôse, 20 messidor an III.* Arrêtés *des 28 vendémiaire et 19 pluviôse an V, 28 messidor an VI.* Ordinat. præfecti politiæ Urbis, *du 7 brumaire an IX.* Arrêté *du 17 nivôse an XII.* Décret. impér. *du 8 fructidor an XII.* Opinionem consilii statûs, *30 pluviôse an XIII, premier germinal an XIII;* cæterasque super hâc materiâ latas leges.

§. CCCXLVIII et CCCXLIX.

Altera species occupationis est *occupatio bellica:* cujus principium et originem ad §. 344 ostendimus. Quia enim res et personæ hostium jure gentium tamquam res nullius considerantur, hinc inde fluunt 7 conclusiones.

1°. Ea, quæ ab hostibus capimus, nostra fiunt, *l. 5, §. ult. ff. de A. R. D, §. 17, Inst. h. t.* Dicimus autem, *ab hostibus.* Ex quo statim sequitur, id jus non pertinere ad bella civilia: unde et in his personæ captæ non fiebant servi, *l. 21, §. 1, ff. de capt. et postlim.* sed proscribebantur; de cujus proscriptionis origine et forma quædam habent viri docti in notis *ad Vell. Paterc. lib. II, c. 28.* Multo minus ergo privati latrones et grassatores, quæ capiunt, sua faciunt, cum his jus belli plane nullum competat. 2°. 3°. Hosti quoque jus est, res suas captas recuperandi. Nam ipsi quoque hostes sumus. Ergo illi idem jus est in nos, quod nobis in illum. Ex quo sequitur, ut res mobiles et personæ captæ non prius nostræ sint, quam eas in præsidia vel portum nostrum retulerimus. Itaque si hostis eas antea recuperat, non furtum nobis facit, sed suo jure utitur, *l. 5, §. 1, ff. de capt. et postlim.* 4°. Præda non est singulorum militum capientium, sed ejus, cujus sumtibus et auspiciis bellum geritur, *l. pen. ff. ad Leg. Jul. pecul.* ubi is peculatus reus esse dicitur, qui sibi partem prædæ retinet, neque eam infert ærario. Ergo vulgaris quidem, sed ridiculus est error existimantium, apud Romanos, quod singuli milites ceperint, id eorum fuisse. Reclamant

et jura nostra et historiarum monimenta et ipsa æquitas. Milites enim conducuntur stipendio, adeoque, quidquid opera sua adquirunt, non sibi adquirunt, sed ei, cujus impensis et auspiciis militant. 5°. Multo minus ergo sibi vindicare possunt milites bona immobilia bello capta, e. g. agros, fundos, prædia, quamvis ea ipsi primi invaserint et occuparint. Omnis enim ager ab hoste captus jure nostro fit publicus, *l. 20 §. 1, pr. ff. de capt. et postlim.* Et apud Romanos nihil inde capiebant milites, nisi lege lata agraria populus decrevisset, ut coloniæ militares eo ducerentur, et veteranis certa pars agri ob bene merita divideretur. Egregie rem ex antiqu. Rom. exposuit V. C. Petr. Burmannus de *vectigal. pop. Rom.* 6°. Additur exceptio. Uno enim casu milites prædam sibi retinebant, si imperator eam illis diserte permitteret, *l. 36, §. 1, C. de donat.* quod aliquando fiebat excitandæ fortitudinis caussa, si quando ingens immineret periculum; uti et hodie aliquando fieri solet, maxime si respublica permittit privatis, ut navibus armatis hostium navibus insidias struant, tunc enim iis pars prædæ concedi solet. 7°. Hinc et facile patet, quid sit jus postliminii? Si enim persona captiva vel navis tempore belli custodiam hostis evadit, simulac fines imperii nostri attigit, vel in portum nostrum pervenit, pristina jura recuperat jure postliminii. Id est, fingitur, eam numquam in potestate hostium fuisse, *l. 7, §. 19, ff. de capt. et postlim.* Ex qua fictione sequitur, (α) ut personæ e captivitate reversæ fiant ingenuæ, (β) ut res postliminio reductæ redeant ad priorem dominum.

Apud nos et occupationem bellicam esse acquirendi modum vel indè patet quod habeamus tribunal dictum *Conseil des Prises.* Non modò enim præda quæ in solo fit, militis lucro cedit, si ei permissa fuerit; sed etiam, quæ in salo. Hic enim pertinent naves, quæ sumptibus privatorum in cursu armantur, ut res hostiles intercipiant. Nam quidquid in suam redigunt potestatem, istud jure sibi vindicant, secundùm leges nauticas quarum conservatio in hâc parte mandatur dicto *Consilio capturarum.*

§. CCCL, CCCLI et CCCLII.

Tertia species occupationis est *inventio*. Dicimus eam speciem occupationis. Occupatio est rerum nullius, ergo sequitur, ut rerum ab aliis amissarum nulla sit inventio talis, ut ea dominium adquirere possimus. Nostra, de qua loquimur, inventio ita definitur. *Inventio* est *rerum nullius vel pro derelictis habitarum adprehensio*. Itaque et hic requiritur 1°. animus adprehendendi, et 2°. adprehensio actu corporali facta. Ergo, qui rem videt prior, non facit oculis suam, sed qui eam prior occupavit et adprehendit. Moribus tamen apud Veteres, æque ac apud nos receptum est, ut hoc casu partem accipiant, qui rem viderunt. Sunt hujus generis exempla apud auctores. *Phædr. lib. 5, fab. 6.*

> Invenit calvus forte in trivio pectinem.
> Accessit alter æque defectus pilis :
> Eia, inquit, in commune, quodcumque est lucri.

Seneca ep. 120 Quoties aliquid inveni, non exspecto, donec dicas, in commune : ipse mihi dico. Simile quid apud Græcos observatum esse discimus ex *Theophrasti charact. c. 24.* Hoc modo itaque nostræ fiunt gemmæ, lapilli, aliaque, quæ nullius in dominio sunt : *an vero etiam thesaurus ?* Ut hanc quæstionem intelligamus, sciendum, 1°. quid sit thesaurus ? 2°. cui cedat ? *Primo* thesaurus est *vetus depositio pecuniæ, cujus memoria non exstat.* Hinc si pecunia ipsa novæ fabricæ sit, sane, quod reperio, non est thesaurus : nec magis meum facio, quod reperio in ædibus, si sciam, a quo depositum sit. Id enim vero domino, aut, si is jam ad patres abierit, ejus heredibus restituendum est : si non restituatur, ab his recte vindicatur, *l. 67, ff. de rei vindicat.* Jam si quæratur secundo, cui thesaurus repertus cedat, non possumus non monere, olim ea de re in diversa ivisse auctores. Ratio est, quia alii thesauri inventionem ad occupationis species, alii ad species accessionis referebant. Priori addicti sententiæ, thesaurum adjudicabant inventori; quia quæ nullius sunt, cedunt occupanti, §. 343. Qui posteriori

riori favebant, thesaurum putabant ad dominum loci, in quo inventus fuerat, pertinere, quia, cujus est principale, ejus est accessorium, §. 354. Ambiguitatem hanc sustulerunt imperatores, et in primis HADRIANUS, §. *39, Inst. h. t.* de quo Spartian. *in vita Hadr. c. 18 : de thesauris ita cavit, ut, si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno, dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur.* Hadrianus itaque utramque sententiam conjunxit, et voluit, ut partem dominus haberet jure accessionis, alteram inventor jure occupationis. Totam hujus legislationis historiam accurate exposuit Jac. Gothofr. *ad l. 1, C. Theod. de thesaur.* Sed, ut ad conclusiones speciales de thesauris perveniamus, observandum, 1°. *thesaurum artibus magicis repertum fisco cedere,* in pœnam istarum malignarum artium; *l. un. C. de thesaur.* 2°. In loco alieno quæsitum et inventum totum domino cedere, *l. 63, de A. R. D.* Nemini enim jus est, thesauros in fundo meo quærendi. Si quid hujus generis audet, furti reus est, adeoque thesauri, tamquam rei furtivæ, non fit dominus. 3°. In loco suo inventum thesaurum dominus totum adquirit, §. *39, Instit. h. t.* Partem ex principio Hadriani habet tamquam inventor, partem tamquam dominus, adeoque totum capit. 4°. In loco alieno casu fortuito inventus thesaurus pro parte est inventoris, pro altera domini, *de* §. *39, Instit. h. t.* Sed hic controversia nascitur, an idem obtineat, si mercenarius in ædibus meis fodiens thesaurum reperit? Sunt sane præjudicia in contrarium, quæ hoc nituntur fundamento, quod mercenarii conducantur non ad sibi, sed ad nobis adquirendum. Ita casum decidunt Angelus ad §. *39, Inst. h. t.* Petr. Greg. Tholosanus *Syntagm. lib. III. C. XI, n° 5.* Sed quid est, quæso, casu fortuito reperire thesaurum, si hoc non est? An mercenarius inveniendorum thesaurorum caussa conducitur? Hinc ei partem recte adjudicat V. Ampl. Corn. van Bynkersh. *Obs. II, p. 123, arg. l. 36, §. 3 et 4, ff. de adqu. rer. dom. et l. 67, ff. de rei vindic.*

De inventione earum rerum quæ nullius esse dicuntur, dixi sub §. 342.

Quod ad thesauros attinet, easdem observamus regulas quas Romani tenebant. *Cod. Nap. art. 716.*

§. CCCLIII.

Addimus quædam more nostro de *Usu hodierno*, sed breviter. Nimirum pleræque res, quæ olim tamquam res nullius ab unoquoque occupari poterant, hodie sunt in potestate principum vel rerumpublicarum eorumque, quibus illas princeps per investituram vel infeudationem concessit; cujus rei rationem jam supra reddidimus. Hinc hodie non amplius occupantibus cedunt feræ, volucres, pisces, præda hostilis, res mari ejectæ, sed hæc omnia ad principem pertinent. Sic e. g. rex Borussiæ solus jus habet colligendi in littore Borussico electrum, etc. Olim etiam ubique inter gentes Germanicæ originis vigebat jus colligendi bona naufragorum (*das Strand. Recht*); sed illud deinde abolitum per *Auth. Navigia, C. de fact.* In sola tamen Dania adhuc obtinet, adeo ut in suggestibus ecclesiasticis preces fundant, ut Deus benedicere velit juri colligendi bona naufragorum. Dura hæc sunt et principiis juris adversa, quamvis a Celeb. Thomasio aliisque defendi soleant: sed sunt tamen ita recepta; secus ac in Frisia, ubi laudem meretur statutum Lib. I, Tit. 24, §. 13.

§. CCCLIV.

Pergimus ad modum adquirendi *originarium secundum quid*, i. e. *accessionem*, §. *341*. Est autem accessio *jus adquirendi, quod rei nostræ adjungitur, incrementum.* Naturaliter enim ita se res habet, ut, cujus est principale, ejusdem sit accessorium, e. g. cujus est arbor, ejus est fructus; cujus vacca; ejus est vitulus; cujus alvearium, ejus est favus. Est autem accessio *triplex; naturalis*, quæ a sola natura ejusque beneficio rei nostræ accedit, veluti vitulus, alluvio, etc. *industrialis*, aliis *artificialis*, quæ arte atque industria rei nostræ accedit, veluti si quid chartæ nostræ inscriptum: *mixta*, aliis *industrialis*, ubi et naturæ beneficium et industria nostra concurrunt, e. g. in agro consito, in horto culto etc.

Accessione quoque nobis acquiruntur res. *Cod. Nap. art. 546, 551 et 712.*

§. CCCLV et CCCLVI.

Naturalis accessionis plures sunt species: 1°. fœtura, 2°. insula, 3°. alluvio, 4°. vis fluminis, 5°. alvei mutatio.

I. *Fœtura* est accessio per generationem substantiæ animatæ. Quia autem ad generationem duæ substantiæ concurrunt vel duo sexus, quæritur, quem ex his sexibus sequatur partus? Constat inter omnes physicos, materiam vel substantiam animalis non a patre, sed a matre esse. Et hoc etiam veteres Stoici agnoverunt, qui fœtum in utero materno clausum non pro animali, sed pro parte vel viscere matris habebant. *L. 2, ff. de mort. infer. l. 3, §. 1, ff. de ventr. insp. l. 39, ff. de pœn.* Addatur de Stoicis *Seneca, epist. ult.; Plutarch. de plac. philos. l. 5, c. 15, 16;* quæ loca debemus Jurisconsulto eximio *Em. Merillio obs. l. 1, c. 16.* Inde ergo sequitur axioma: *Quidquid ex ventre matris in dominio nostro constitutæ nascitur, nostrum est. L. 4, l. 6, ff. de Adqu. rer. dom.* Dicimus, *ex ventre in dominio nostro constituto.* Nam in personis liberis aliter se res habet. Aut enim in justo matrimonio vivunt, aut extra matrimonium procreant liberos. Si prius, tunc partus sequitur conditionem patris, adeoque et nobilitatem patris, ingenuitatem, etc. Sin posterius, partus sequitur conditionem matris. Vid. *l. 24, ff. de stat. hom.* quæ præcipue huc pertinet. At in ventre nostro, i. e. qui in dominio est, perpetuum est axioma, partus sequitur ventrem. Inde ergo per se et sua sponte fluunt conclusiones: 1°. quidquid ex animali nostro nascitur, est domini ventris. *§. 19, Inst. h. t.* Itaque vitulus cedit domino vaccæ, non bovis, qui virum se præstitit; equulus est domini equæ, non equi, qui equam imprægnavit. Sed an vicini equus gratis hanc operam præstiterit? Resp. Dominus equi jure petit equimentum, i. e. pecuniam pro ista opera præstandam. *L. 52, §. 2, ff. de furt.* 2°. Vernæ ex ancillis nostris nati nostri sunt. *§. ult. inst. de jure pers. l. 7, C. de rei vind.* Servi enim erant res: res; quæ rei nostræ naturæ beneficio accedit, nostra est,

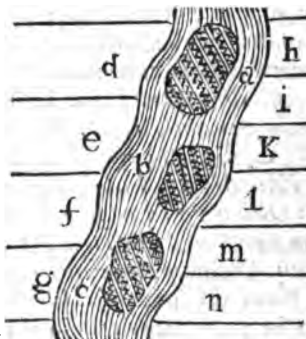
§. 354, ergo et verna ex ancilla nostra natus noster est.

Fœtura est accessio.] Ita *Cod. Nap. art. 547 in fine.*

§. CCCLVII.

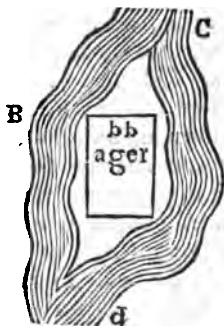
Altera species accessionis naturalis est *insula*, §. *355*, nempe nova et nuper nata. Insula autem vel nascitur in flumine, vel in mari, vel per flumen divergens et infra unitum. Prima species ex schemate A, secunda per se et sine schemate, tertia ex ichnographia B. intelligitur.

A
Flumen cum tribus insulis a, b, c.



d, e, f, g, h, i, k, l, m, n, sunt agri ad utramque ripam fluminis.

B



B est flumen.
bb est ager meus.
c est locus ubi flumen divergit.
d est locus ubi flumen iterum unitur.

Quod si itaque in flumine nova insula nascitur, ea Jurisconsultis Romanis consideratur tamquam accessorium agrorum vel prædiorum ad utramque ripam sitorum. Ideo procul dubio, quia insula ista ex terra vel humo

vicinis agris surrepta nata præsumitur. Hinc (*a*) si in medio fluminis sita, qui utrimque agros possident, eam dividunt pro modo et quantitate agrorum. Sic e. g. insula a in schemate A dividenda esset inter dominos agrorum d, e, h, i, et quia possessores d, e, duplo majores agros habent, quam domini agrorum h, i, hinc et duplo majorem portionem accipient. (*b*) Si insula alterutri ripæ propior est, illa cedit iis, qui agros proximos in ea ripa possident, denuo pro modo agri. Hinc in eodem schemate A, insulam b, solus possessor agri l, insulam c, possessores prædiorum f, g, capiunt, et quidem f, partem duplo majorem quam g. §. *32, Inst. h. t. l. 7*, §. *3*, *l. 29*, *ff. de A. R. D.*

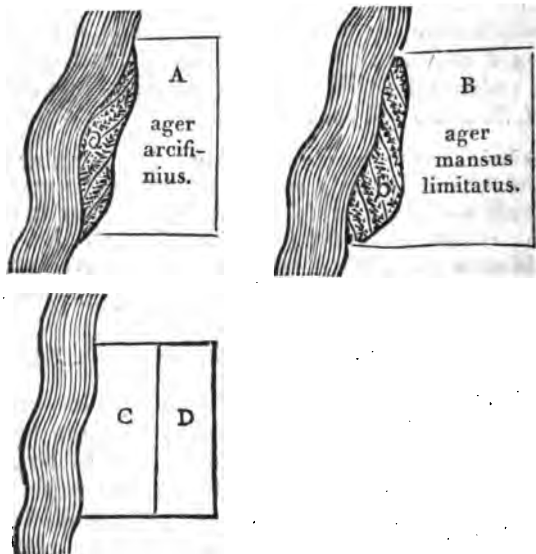
Si insula in mari nata, quod sane fit rarissime ob vehementiam fluctuum (Plin. *l. II, hist. nat. c. 85.*) tunc denuo valet regula, accessorium sequitur suum principale. §. 354. Atqui mare ex principiis juris Romani est commune, adeoque nullius, §. 326. ergo et insula ibi nata est nullius, et hinc cedit occupanti. (§. 343.) *L. 7*, §. *3*, *ff. de A. R. D.* Si ex agro meo fit insula per flumen supra in schemate B, in loco c divergens et infra in d unitum: ager non fit accessio, sed, quia substantia eadem manet, hinc et prioris domini manet. *L. 7*, §. *4*, *l. 30*, §. *2*, *ff. eod.*

Circà insulas distinguendum est. Aut enim nascuntur in flumine publico, id est navigero aut ligna ferente, et tunc insula publica est. *Cod. Nap. art. 560.* Aut insula nascitur in flumine privato, et tunc servantur juris Romani regulæ. *art. 561.* De insulâ in mare natâ Codex Napoleo nil statuit; credendum est igitur, eas possidenti et præscribenti cedere. *arg. art. 560 in fine.*

§. CCCLVIII.

Tertia et quarta accessionis naturalis species sunt *alluvio* et *vis fluminis*. *Alluvio* est incrementum beneficio fluminis pedetentim et latenter adjectum. §. *20*, *Inst. h. t.* *Vis fluminis* est incrementum semel et simul adjectum. §. *4*, *Inst. h. t.* Priore casu, ubi paullatim agro meo aliquid terræ a flumine adjicitur, scire nemo potest, cujus agro aliquid detractum et nostro adjectum sit.

Ergo et istud incrementum a nemine potest vindicari, et hinc tamquam accessorium cedit agro, cui accedit. §. *20, Inst. h. t. L. 7, §. 1, de Acq. rer. dominio.* Contra, ubi flumen semel et simul partem agri vicini avellit, eamque meo prædio adjicit, ibi scit prior dominus, hanc terram esse suam, et hinc eam vindicare potest. Ergo non fio hujus incrementi dominus, nisi per præscriptionem, si sc. prior dominus agrum non vindicet, et interea arbores in fundo radices agant. *L. 7, §. 2, ff. de A. R. D. §. 21, Inst. h. t.* Sed prior tamen decisio de alluvione tantum ad agros arcifinios pertinet, non ad limitatos. Quod enim his paullatim accedit, fit publicum. *L. 16, ff. de A. R. D. L. 1, §. 6, ff. de flum.* Ergo omnino hic explicandum, quid sint agri arcifinii? Veteres Romani agros dividebant in *arcifinios, limitatos* et *adsignatos. Arcifinii* sunt, qui non alios habent fines, quam naturales, veluti montes, flumina, etc. *Limitati*, qui ad certam mensuram possidentur. *Adsignati*, qui per extremitatem mensuræ comprehenduntur.



C est ager assignatus, non quidem per se, sed cum agro D mansum constituens.

Tradunt hoc discrimen scriptores veteres, Aggenus Urbicus et Julius Frontinus, item Flaccus Siculus, qui de finibus scripserunt. Sed quum illi paullo obscurius loquantur, nec ipse *Grotius de J. B. et P. l. II, c. III, §. 16, n. 1*, rem satis intellexerit, multo dilucidius eam exposuit vir incomparabilis Joh. Fr. Gronovius *in not. ad Grot. l. c.* Jam ergo si agro A flumen partem a paullatim per alluvionem adjecerit, ea pars erit domini agri A, quia ager hic est arcifinius. Sin agro B accesserit per alluvionem pars b, illa non cedet domino agri B, sed erit publica, quia ager B est limitatus, i. e. ad certam mensuram datus.

Pedetentim et latenter.] Ita *Cod. Nap. art. 556.*

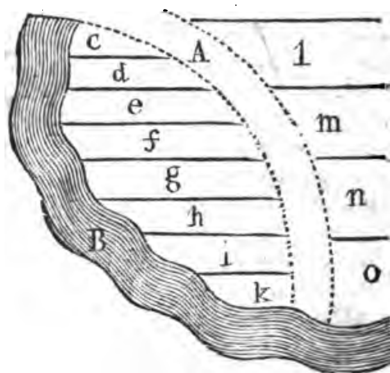
Tanquam accessorium.] Incrementum latens alluvionis nobis acquiritur eâdem causâ et qualitate, eodemque jure quo ager augmentatus ad nos pertinebat; nec istud incrementum censetur novus ager, sed pars primi. Molinæus, *ad vet. Paris. Consuet. art. 1, gloss. 5, n. 115.*

Eam vindicare potest.] Intrà annum. *Cod. Nap. art. 559.*— Egregius poeta Delille, alluvionis materiam quàm rectissimè simul ac bellissimè descripsit, *Homme des Champs, ch. 2.*

Non ad limitatos.] *Cod. Nap. art. 558.*

§. CCCLIX.

Ultima species accessionis naturalis est *alvei mutatio, §. 356*, quæ fit, quando flumen novum iter suscipit et priorem alveum siccum destituit. Tunc enim quæritur, quis alveum siccum et derelictum capiat? Resp. Jurisconsulti alveum hunc iterum considerant tamquam accessorium terrarum proximarum. Ergo illum inter se dividunt possessores agrorum proximorum pro eorum modo. *L. 7, §. 5, ff. de A. R. D.* Rem illustrabit hoc schema.



Fingamus flumen antea lapsum esse per alveum A punctis notatum, postea mutasse cursum et per novum alveum B ruere; cujus erit alveus siccus A? Resp. Eum inter se partientur omnes, qui vicinos agros possident, quales hic sunt, c, d, e, f, g, h, i, k, l, m, n, o. Neque tamen æqualiter fiet divisio, sed duplo majorem partem capient possessores l, m, n, o, quia duplo majores agros possident quam reliqui. Aliud dicendum, si flumen meum agrum ad tempus inundaverit; quum enim ea inundatio speciem fundi non mutet, neque dominium mutabit, adeoque recedente aqua ager est meus, æque ac antea. *L. 7, §. 6, ff. de A. R. D.* Aliud, si perpetua sit inundatio, et post longissimum tempus novi aggeres fiant: tunc enim procul dubio prioris domini jus propter derelictionem exspirabit. §. 392.

Circà mutationem alvei, æquius Codex noster statuit, priorem alveum non esse eorum qui propè ripam prædia possident, sed eorum quorum prædia flumen occupavit, pro modo, scilicet, latitudinis cujusque prædii occupati. *Cod. Nap. art. 563.* Quæ de inundatione tradit Heineccius, justissima sunt.

§. CCCLX.

Sed an omnia, quæ hactenus dicta, etiamnum usum habent? Id sane plerisque locis negandum. 1°. Insulæ maris aut in vasto Oceano, in quem sibi nemo imperium

aliquod vindicat, nascuntur, aut in mari, in quod respublica exercet hujusmodi θαλασσοκρατίαν. Priore casu et hodie nova insula cedet occupantibus, æque ac insulæ incultæ et colonis vacuæ; unde recte Batavi sibi vindicarunt insulam S. Helenæ, quam incultam repererant. Posteriore casu nova insula tamquam accessorium cedet ei, cujus est principale, puta mare. 2°. Insulæ in flumine hodie non cedunt privatis, qui agros ad utramque ripam possident, sed principi vel reipublicæ, cujus est flumen. §. 328. Potest tamen decisio, quam §. 357 dedimus, etiamnum usum habere, si insula in flumine limitaneo nascatur. E. g. Albis est limes alicubi inter terras Luneburgicas et Brandeburgicas. Si itaque in Albi medio nascatur nova insula, illa erit communis. Sin illa sit alterutri ripæ propior, vel regi Prussiæ vel electori Luneburgico tota cedet. In Geldria receptum, ut novæ insulæ a privatis possint occupari, sed non sint communes iis, qui utrimque prædia possident. Qui ergo prior per flumen curru vectus in insulam illam enititur, ei insula cedit. Vid. *Vinn. ad* §. *23, Inst. h. t.* 3°. Alluvio hodie plerumque privatis cedit, modo inter flumen et agrum non intercedat via publica. 4°. Alveus derelictus raro cedit privatis, sed manet principum, adeo ut vasalli in Germania investiri soleant alveis derelictis, veluti in Marchia Brandenburgica alveo Albis (*mit der alten Elbe*).

§. CCCLXI, CCCLXII—CCCLXVII.

Hactenus de accessionibus naturalibus. Sequuntur *industriales* (354.) cujus tres potissimum sunt species, *adjunctio, specificatio, commixtio. I. Adjunctio* est, quando aliena res materiæ nostræ adjungitur, sive id fiat 1°. *per inclusionem*, veluti si aliena gemma includatur annulo meo: sive 2°. *per adferruminationem*, veluti si alienus capulus adferruminatur gladio meo: sive 3°. *per intexturam*, e. g. si aliena fila aurea panno meo intexantur: sive 4°. *per inædificationem*, e. g. si in alieno solo ædificem materia mea, vel aliena materia in solo meo: sive 5°. *per scripturam*, si quis scribat in aliena charta: sive 6°. *per picturam*, si quis pingat in aliena tabula.

Regula de his omnibus una est, *accessorium sequitur suum principale*: principale autem est, ob quod alterum est. §. 354. Ergo ex eo sequitur, 1°. ut res, per adferruminationem, intexturam et reliquis modis adjunctæ nostræ materiæ, nostræ fiant. Exemplum habemus in *l. 29*, §. *13*, *ff. de aur. arg. l. 27*, *pr. ff. de A. R. D.* §. *26*, *27*, *Inst. h. t.* Unum casum excepit Justinianus, nempe picturam. Quum enim veteres existimarent, eam cedere tabulæ, *l. 23*, §. *3*, *ff. de rei vind.* ipse primus ob artis pictoriæ dignitatem ac præstantiam censuit, tabulam picturæ cedere debere, §. *34*, *Inst. h. t.* In reliquis omnibus valet regula ante data. 2°. Ut, quod rei nostræ adjunctum est, non possit vindicari. Quomodo enim vindicarem e. g. gemmam Titii annulo inclusam, quum in illa gemma Titius consequutus sit dominium? Quia tamen iniquum est, alterum cum alterius damno fieri locupletiorem, hinc aliæ actiones proditæ sunt, quibus consequamur indemnitatem, si quando res nostra alienæ materiæ adjuncta sit. Si enim dominus materiæ in bona fide sit, agere possum ad exhibendum, *L. 23*, §. *5*, *ff. de rei vind.* vel condictione sine caussa, §. *26*, *Inst. h. t.* vel actione in factum, *de l. 23*, §. *5*, *de R. V.* Sin in mala fide, habeo actionem furti et condictionem furtivam, §. *26*, *Inst. h. t. In ædificatione* quædam sunt singularia. Nam quia interest reipublicæ, urbem ruinis haud deformari, hinc Legg. XII Tab. cautum fuerat, ut, si quis aliena materia in solo suo ædificasset, materia non vindicaretur, ne ædes dissolverentur, sed adversus possessorem daretur actio de tigno juncto in duplum: sin duplum quis nondum esset consequutus, diruto ædificio materiam quisque vindicare vel ad exhibendum agere posset, §. *29*, *Inst. h. t.* Quid vero, si quis sua materia in alieno fundo ædificarit? Tunc aut possidet, aut non possidet ædificium sua materia exstructum? Si possidet, tunc aut bonæ, aut malæ fidei possessor est. Si bonæ fidei, habet jus retentionis, i. e. ædificium non prius domino soli tradit, quam pretio materiæ soluto, adeoque agentem eatenus repellet exceptione doli mali; sin mala fide possidet; nihil pro materia sua recipit, et dominium ejus amittit

in pœnam doli, qui in eo est, qui mala fide et sciens prudensque alieno solo inædificavit, §. *30*, *Inst. h. t. l. 7*, §. *12*, *ff. de A. R. D.* Quid vero, si non possidet ædificium sua materia in alieno solo exstructum? Tunc ei nulla prodita est actio, in toto jure Romano, ceu recte vidit Huberus *in Præl. Inst.* §. *40*, *h. t.* Sed tamen quum iniquissimum et hoc casu maneat, quemquam cum alterius damno fieri locupletiorem, merito in foris nostris ædificanti b. f. dabitur actio in factum ad pretium materiæ consequendum. Hub. *ibid.*

Accessorium sequitur principale.] *Cod. Nap. art. 566.* Quid autem principale, quid accessorium haberi debeat, non ex eo dijudicandum, quid magis aut minùs pretiosum sit, sed quid alterius rei ornandæ causâ accedat seu adhibeatur, *art. 567.* De quo si non constat, major pars trahit ad se minorem, aut pretiosior minùs pretiosam, *art. 568 et 569.* (Adde *not. ad* §§. *368 et 369.*)

In ædificatione quædam sunt singularia.] Jure nostro omne quod inædificatur solo cedit, *art. 552.* Hoc dubium non est, ubi in suo solo, quis ex suâ propriâ materiâ ædificaverit: quod semper præsumitur, *art. 553.* Quid verò, si dominus fundi ex alienâ materiâ ædificavit in suo solo? Tunc quidem dominus materiæ eam in specie vindicare non potest, sed contrà dominum fundi agit ut ipsi indemnitas præstetur, *art. 554.* Quid etiam in contrario casu, id est, si quis in alieno solo ex suâ materiâ domum ædificaverit? Hoc casu, illius fit domus, cujus et solum est: sed qui ex suâ materiâ in alieno solo aliquid extruxit, impensas à soli domino recuperare potest, secundùm distinctiones propositas *in art. 555.*

§. CCCLXVIII et CCCLXIX.

Altera species industrialis accessionis est *specificatio.* §. *361*, quæ est, quum quis ex aliena materia novam speciem facit, e. g. ex alieno auro annulum, ex alieno argento poculum, ex alieno panno vestem. Sciendum autem, aliquid novi accedere debere, si specificatio accedere debeat. E. g. annulus antea non aderat, nec poculum, nec vestis, ergo nova plane forma inducitur in has materias. Si ergo forma jam adsit, non est specificatio. E. g. si quis ex alienis spicis frumentum excutiat, non

est specificatio, quia grana jam ante infuerunt frumento. Observat hoc *Caius l. 7, ff. de adqu. r. d.* quamvis Justinianus §. *25, Inst. h. t.* et ita specificationem fieri existimarit. Hic ergo maxima nascebatur controversia, utrum nova species sit specificantis, an isti cedat, cujus est materia? Nimirum fit hic accessio formæ ad materiam, et hinc disputabant veteres Jurisconsulti, utrum materia sit nobilior forma, an forma materia præstantior? Materiæ ideo plus tribuebant Sabiniani, quia sine ea forma subsistere non possit. Contra Proculeiani præferebant formam, quia illa, uti philosophi loquuntur, dat esse rei. Itaque Sabiniani domino materiæ, Proculeiani specificanti speciem adjudicabant, *l. 7, §. 7, ff. de A. R. D.* quam legem egregie more suo explicat *Merill. Obs. l. I, c. 21.* Enimvero liti finem imposuit Justinianus, qui distinguit, utrum species ad priorem formam reduci possit, nec ne. Si reduci potest ad priorem formam, speciem esse voluit domini materiæ : si non potest, specificanti adjudicavit speciem. E. g. si ex auro meo annulus factus, ego fio hujus annuli dominus, quia annulus conflari et ad priorem massam rudem reduci potest. Contra si ex mea lana factus sit pannus, pannifex erit dominus speciei novæ, quia pannus in lanam iterum solvi nequit. Interim, quoniam aliquem cum alterius damno locupletiorem fieri iniquum est, hinc habent inter se dominus materiæ et specificans actionem vel ad præstandam materiæ æstimationem, et specificans speciem retinet, vel ad præstandam mercedem operæ, si dominus materiæ adquirit. *l. 23, §. 5, ff. de R. V.*

Justinianus distinguit, etc.] Immò Codex noster non distinguit, sed vult omnia in omnibus hujusmodi casibus reduci ad æquitatem, *art.* 565. Cui consequens est, ut nova species domini materiæ semper lucro cedat, *art.* 570 ; nisi forma talis sit ut materiæ longè excellat, *art.* 571.

§. CCCLXX et CCCLXXI.

Tertia species accessionis industrialis est *commixtio*, §. *361*. Miscentur autem vel res aridæ vel liquidæ. Priores post commixtionem substantiam suam integram reti-

nent, e. g. si avena miscetur tritico : posteriores autem per περιχώρησιν quamdam ita mutant substantiam, ut plane nova fieri videatur, e. g. si vinum misceatur mulso. Prior proprie vocatur *commixtio*, posterior *confusio*. Jam si hujusmodi commixtio vel confusio fit, ea fit vel utriusque voluntate, vel unius, vel casu. 1°. Si utriusque voluntate fiat, sive commixtio sive confusio, massa fit communis, et hinc illam inter se partiuntur secundum quantitatem et proportionem, imo et qualitatem materiæ. E. g. si unius amphora vini Rhenani sit 40 florenorum, alterius amphora vini Gallicani 20 florenorum, nullum est dubium, quin duplo plus ex massa capere debeat prior, quam posterior, *l. 7, §. 8, ff. de A. R. D.* 2°. Si commixtio vel confusio facta unius voluntate, tunc ex commixtis quisque potest suam vindicare materiam, quia illa tunc substantiam haud mutat. *L. 5, pr. ff. de R. V.* Contra materia confusa fit confundentis, quia substantia mutatur, et hinc confundens alteri tenetur ad præstandam materiæ suæ æstimationem, *l. 5, §. 1, ff. eod.* Imperator casum priorem §. *28, Inst. h. t.* lepida oratione munit : *Sed nec magis*, inquit, *istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii pecoribus tuis mista fuerint*; quasi vero æque facile sit, mixta frumenta separare, quam boves et capros, si inter se mixti sint. Interim tam subtiliter hic casus in jure nostro decisus est. 3°. Si casu fortuito facta confusio, massa iterum fit communis, *l. 7, §. 9, ff. de A. R. D.* §. *27, Inst. h. t.* Sin commixtio casu facta, singuli suam materiam vindicant, §. *28, Inst. h. t.* Quod sane iniquissimum. Nam si e. g. Titius casu miscuerit vinum meum, et oleum suum vel cerevisiam suam, an mihi satisfactum crederem, si mihi pro vino meo dimidiam massam istius mixturæ offerret? Sed ita jura volunt.

De confusione seu commixtione vide *Cod. Nap. art. 572—577.*

§. CCCLXXII.

Reliqua est tertia accessionis species, puta *mixta*, §. *354*, i. e. quæ partim naturæ beneficio, partim industriæ humanæ debetur, quales sunt *plantatio*, *satio*,

fructuum perceptio. Nam de his quæri potest, 1°. si alienum agrum meo frumento conseverim, quis messem capiat? 2°. Si arbor in confinio agrorum vel in solo alterius a me posita sit, cujus sit arbor, vel fructus? 3°. Si bona fide et justo titulo fundum alienum possideam, cujus sint fructus inde percepti? De singulis videbimus.

§. CCCLXXIII, CCCLXXIV et CCCLXXV.

De satione et plantatione una est regula, *quidquid solo implantatur, vel inseritur, solo cedit, l. 9, pr. ff. de A. R. D. §. 32, Inst. h. t.* Solum enim consideratur, tamquam principale; quod ei inseritur vel implantatur, tamquam accessorium. Accessorium autem sequitur suum principale, §. 354. Ergo et messis et arbor vel planta cedit solo. De arboribus in confinio positis itidem una regula est, *arboris dominium in jure Romano ex radice æstimatur. §. 26, Inst. h. t.* Satis subtiliter enim Romani Jurisconsulti philosophantur: Omne nutrimentum et succum veluti vitalem arbores et plantæ per radices attrahunt. Ergo ex solo, ubi se porrigunt, radices aluntur. Ex cujus solo arbor nutritur, is procul dubio dominus arboris est. Ergo et fructus arboris omnes capit. Ita Romani. Sed originis Germanicæ gentes tam subtiliter non ratiocinabantur. Non est civile, arborum radices fodiendo denudare, ut adpareat, ex cujus solo succum attrahant. Illi respiciunt ad ea, quæ in oculos incurrunt, puta, ad stipitem et ramos. Hinc ex ramis in fundum nostrum propendentibus nos fructus capimus; ex reliquis, vicinus. Videbimus interim, quæ ex his duobus axiomatibus conclusiones fluant. 1°. Ergo frumenta sive aliena in meo, sive mea in alieno solo sparsa fiunt domini agri; sed ita tamen, ut, quod æquitas jubet, præstet dominus, et impensas in culturam semenque factas restituat, *l. 9, pr. ff. de A. R. D. §. 32, Inst. h. t.* 2°. Ergo planta aliena in nostro solo posita est nostra, sed tamen non prius, quam radices egerit, *l. 7, §. ult. ff. de A. R. D.* Ratio in promtu est. Antequam enim radices in solo nostro egit, facile potest et sine omni damno evelli, et in aliud solum transferri, adeoque nulla

ratio est, cur statim domino soli cedat. Ceterum et hic plantanti merito restituendum est pretium plantæ vel arboris, nec non impensæ, si quas fecerit, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Et hic locum habet actio negotiorum gestorum utilis. Ex altero axiomate fluunt conclusiones: arborem in confinio positam esse communem, et hinc fructus etiam partitur uterque vicinus. At potest aliquid commune esse dupliciter, vel *pro indiviso*, ut quisque sit dominus in solidum, quamvis fructus dividantur; vel *pro diviso*, ut pars substantiæ ad unum, pars ad alterum pertineat, si e. g. prædium commune condomini muris, parietibus, sæpibus diviserint. Quæ itaque communio est hujusmodi arboris in confinio positæ? Quamdiu in solo est, communis est *pro indiviso*: nemo dicere potest, hi rami arboris mei, hi vicini sunt; hæc pars stipitis ad me, hæc ad vicinum pertinet; fructus tantum inter se dividunt, *l. 7, §. ult. ff. l. 8, ff. de A. R. D.* At simul ac arbor eruta est, statim fit communis *pro diviso*, et hinc ligna inde cæsa inter vivos æquis partibus dividenda sunt, *l. 19, ff. comm. div.*

Plantatio solo cedit. *Cod. Nap. art. 553, 554 et 555.* Quoad arbores, hæc statuit idem Codex. Si arbor *in confinio* plantata sit, vicinorum communis fit; et unusquisque horum exigere potest ut excidatur, *art. 673.* Si verò non in confinio ipso arbor plantata sit, sed in agro vicini unius (quod ex trunco, non è radicibus æstimatur), tunc alter vicinus hoc solùm juris habet, ut cogere possit dominum arboris ad excidendos ramos qui in agro actoris incurvantur; et ut ipse possit excidere radices ubi in suo fundo irrepserint, *art. 672.* De satione, hæc sola regula tenenda est, quod sata, sicut implantata, solo cedunt, sed ita ut soli dominus impensas sationis ei refundere debeat, qui ipsas fecit. *art. 548.*

§. CCCLXXVI, CCCLXXVII et CCCLXXVIII.

Quod ad fructuum perceptionem, tamquam tertiam speciem accessionis mixtæ, adtinet; primo ponendum est, quid requiratur, si quis fructus ex aliena re suos facere velit. Primo ergo requirunt jura *bonam fidem*, quæ est conscientia bona, vel opinio, qua quis sibi con-

scius esse videtur, nec aliter existimat, se esse verum rei dominum, *l. 109, ff. de V. S.* Imo hæc b. f. tam putatur necessaria, ut eam etiam dubitatio vitiare videatur. Imo et perpetuam seu continuam esse oportet bonam fidem, quum alioquin usucapione sufficiat, si quis initio in bona fide fuerit, *l. 48, §. 1, ff. de A. R. D.* At in bonæ fidei possessore, qui vult fructus lucrari, et bonam fidem continuam adesse oportet, *l. 28, §. 1, ff. de A. R. D.* Simulac enim scit, se non esse dominum, et tamen fructus rei alienæ sibi vindicat, non amplius est b. f. possessor, adeoque nec fructus accipit. Deinde et *justus titulus*, ut diximus, requiritur, et quidem ad transferendum dominium habilis; quales titulos supra §. 339, * descripsimus. Nam e. g. si alicui commodassem equam, absurdum esset, si pullum sibi vindicare vellet eo titulo, quod b. f. et juste possideat. Possidet quidem b. f. et titulo justo, sed non ad transferendum dominium habili. Non enim ideo res nostras commodamus, ut commodatarius fiat dominus. Denique requiritur *possessio*. Possidere autem hic non in sensu grammatico, sed juridico accipitur. *Grammatice possidere* est rem detinere vel ei insistere, et hinc eo sensu conductor etiam rem conductam possidet. At in sensu *juridico possidere* est rem detinere animo sibi habendi tamquam domino; adeoque ad possessionem et (*a*) detentio corporalis, et (*b*) animus s. consilium dominium rei habendi requiritur. Jam ergo dum hic loquimur de possessione, non intelligimus vocabulum in sensu grammatico, quam possessionem vocamus *naturalem* : sed in sensu juridico, et talis possesio vocatur *civilis*. Quod si ergo hæc requisita concurrunt, tunc valet regula, bonæ fidei possessor, quamdiu verus dominus non supervenit, pro domino habetur, *l. 48, pr. ff. de A. R. D.* Ex qua regula variæ fluunt conclusiones. Nam quia b. f. possessor pro domino habetur, consequens est, 1°. ut omnes fructus perceptos suos faciat. Dicuntur autem fructus percepti, simul ac separati sunt, e. g. si fruges a fundo separatæ, si poma arboribus excussa : antequam id factum, non dicuntur percepti fructus, etiamsi maturi sint. 2°. Ut in b. f. possessore nihil intersit, sive fructus sint industriales, sive naturales. Percipit enim illos

Vening 240

illos tamquam qui pro domino habetur. Objicitur quidem §. 35, *Inst. h. t.* ubi dicitur, b. f. possessorem fructus perceptos suos facere *pro cultura et cura;* unde colligunt, non percipere illum fructus naturales, sed industriales tantum, quia hi soli curam et culturam requirant. Sed de cultura id quidem concedimus, at curam etiam fructus naturales desiderant. E. g. fœnum natura provenit, et tamen nisi curam ejus agat paterfamilias, facile fœni jacturam faciet. Et hinc oleum etiam et fœnum percipit b. f. possessor, *l. 13, ff. quibus mod. ususfr. amitt.* quum tamen oleum sine cultura provenire tradat Plin. *h. n. l. 15, c. 1,* et de fœno id ipsum doceat experientia. Ut malæ fidei possessor nihil lucretur, adeoque fructus percipiendos et perceptos restituat supervenienti domino. Cur enim ejusmodi prædo aliquid, lucretur ex re aliena, quam invito domino possedit, et alienam esse probe scivit? Non sane jura adsistunt dolo. Denique regulæ nostræ non sine ratione adjecimus limitationem, b. f. possessorem quidem pro domino esse, sed quamdiu non supervenerit verus dominus. Ex quo nova sequitur conclusio, 4°. eum fructus exstantes restituere debere, *l. 22, C. de R. V.* Exstare autem dicuntur fructus, qui nondum percepti et separati sunt; veluti seges in agro, poma in arboribus, pensiones, quarum dies nondum venit, ut exigi possint.

Jure nostro, bonæ fidei possessor fructus suos facit; malæ fidei, non. *art. 549.* Bonæ fidei autem possessor est qui animo domini possidet, ex titulo ad transferendum dominium idoneo, vitia cujus ignorat. *art. 560.* Hoc superest observandum, quòd, quamvis bonâ fide interruptâ currat præscriptio super fundo, *art. 2269*, tamen non currit jus fructus perceptos lucrandi; qui fructus, à die interruptæ bonæ fidei, domino debebuntur, *art. 560*, ceu jam observavimus in nostris Principiis Juris *n. 1177 in notâ.* Adde *not. ad* §. *442 infrà.*

§. CCCLXXIX—CCCLXXXIV.

Egimus hactenus de modis adquirendi dominium originariis, veluti occupatione et accessione: sequitur derivativus, qui vocatur *traditio,* §. 341. Quemadmodum

ergo diximus, derivativum esse adquirendi modum, ubi dominium ab uno ad alterum transfertur; ita clara jam erit traditionis definitio, quod sit *modus adquirendi derivativus, quo dominus, qui jus et animum alienandi habet, rem corporalem ex justa caussa in accipientem transfert.* Inde statim fluunt requisita traditionis vel axiomata sequentia. (I.) *Tradi possunt res corporales;* eæ enim solæ corporali actu ab uno ad alterum transferri possunt. Res ergo (α) incorporales, veluti jura, non traduntur, sed quasi traduntur. Quasi traditio autem consistit in unius patientia et alterius exercitio. E. g. si alicui quasi tradere velim jus venandi, sufficit, si ego patiar illum venari, et ipse me sciente actum venandi exerceat, *l. 1, §. ult. ff. de S. R. P.* Deinde ex eodem axiomate sequitur (β) ut traditio fiat vel *naturaliter*, vel *symbolice*, vel *longa manu*, vel *brevi manu*. *Naturaliter* fit, si actu corporali res in alterum accipientem transfertur, e. g. si rem mobilem e manu in manum do, si in immobilem alterum induco. *Symbolice* traditur, si loco rei alteri tradam signa rei, e. g. claves, instrumenta. Talis etiam est effestucatio in vicina Geldria, de qua pereruditus exstat libellus Friderici a Sande. *Longa manu* tradi res dicitur, si rem in alterius conspectu ponam, hic autem eam non attingat, nisi oculis. *Brevi manu* trado, si verbis declaro, me rem traditam velle, cum tamen ipse illam jam possideat, e. g. si alicui commodarim librum, eumque illi postea vendam et dicam, commodatarium posse illum retinere; tunc enim perinde est, ac si tradidissem. (II.) Axioma est; *tradi res debet a domino.* Quum enim, quod quis non habet, alteri dare nequeat: quomodo, quæso, aliquis transferat traditione dominium, quod ipse non habet? Ergo si a non domino aliquid b. f. accipio, fio quidem b. f. possessor, sed non dominus. Si scio, illum dominum non esse, fio malæ fidei possessor, non dominus, §. 376. A pupillo quoque dominium in me transferri nequit sine auctoritate tutoris. Quamvis enim sit dominus, tamen non habetur pro persona perfecta ob ætatem imperfectam, §. 298. Ergo nihil potest agere, ex quo deterior ejus conditio fieri possit, sine auctoritate tutoris, §. 251. Ergo nec dominium traditione

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur. C. 2.3.20.

transferri potest. Q. E. D. (III.) Axioma est, *non transfertur dominium, nisi adsit animus alienandi.* Domini enim est, rei suæ legem dicere. Si ergo hanc rei suæ legem dicit, ut non nisi usus vel custodia transferatur, sane alter traditione non fiet dominus; e. g. si rem apud alium deponam, si ei commodem, locem, oppignorem, traditio quidem fit, non tamen depositarius, commodatarius, conductor, creditor fiunt domini. (IV.) Axioma, *non adquiritur traditione dominium, nisi præcedat titulus ad transferendum dominium habilis*, quales titulos descripsimus §. 189, e. g. donatio, venditio, legatum, etc. Imo in emtione venditione id singulare est, ut, quamvis contractus statim per traditionem perfectus sit, non tamen transferatur dominium, nisi pretio soluto, præterquam si emtoris fidem sequutus sit venditor, §. *57, Inst. h. t.*

Sub finem prolixi hujus tituli adhuc quæstio est, an et in personam incertam fieri possit traditio? Casus existit hodie in coronationibus regum et imperatorum aliisque sollemnitatibus publicis. Tunc enim fieri solet jactus missilium, et nummi aurei argenteique spargi solent. Idem olim factitabant Coss. prætores aliique majores magistratus, quamvis postea hæc licentia vel potius prodigalitas et profusio cohibita sit in *l. 2, C. de Cons. et non sparg. pecun. lib. XII.* Multoque magis principes hujusmodi liberalitatem exercebant. Suet. *Aug. c. 98, Calig. c. 18, et Ner. c. XI.* Quum itaque hic pecunia eo animo spargatur, ut eam habeat, quisquis adprehenderit, videtur sane traditio fieri in personam incertam. Definivit itaque Justinianus, id fieri posse, §. *45, Inst. h. t.* Sed si recte ponamus calculum, non est hæc species traditionis, sed occupationis. Qui enim missilia jactat, ea pro derelictis habet. Res pro derelictis habitæ fiunt nullius. Quæ nullius sunt, cedunt occupanti, §. 542, seqq. Uberius hæc exposuimus in *notis nostris ad Vinn.* §. *45, Inst. h. t.*

An et quatenùs traditio requiratur hodiè, diximus *ad* §. 339 *suprà.* Superest ut addamus quædam de variis traditionum speciebus. *Naturaliter* fit traditio, putà si res vendita in manum et possessionem emptoris transferatur, *Cod. Nap. art. 1604.* *Symbolicè* traditur, si domûs venditæ claves emptori tradan-

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Paul. D. 41.1.31

tur, *art. 1605*. Vel, si instrumentum ei tradatur, *art. 1605 et 1689*. Item traditio fieri intelligitur, per precarii constitutionem, *l. 21, ff. de acq. poss. l. 15, §. de reb. cred.*; ususfructûs retentionem, *l. 21, §. 1, ff. de acq. rer. dom.*; confessionem arg. *l. 57, de pactis*. — Adde quòd non solùm res corporales, sed etiam et incorporales tradi possunt, *art. 1607 et 1689*. — Heineccius ait, in venditione dominium non transire, nisi pretio soluto; contrarium jure nostro obtinere ostendimus *in not. ad §. 339*. — Nostra ætas jactus missilium vidit. Hic igitur nullâ opus est interpretatione.

TITULUS II.

De Rebus corporalibus et incorporalibus.

§. CCCLXXXV, CCCLXXXVI et CCCXXXVII.

Redit Justinianus ad rerum divisiones, et jam secundam proponit, cujus jam supra (§. 330.) mentionem fecimus. Res enim sunt vel *corporales*, vel *incorporales*. *Corporales sunt*, quæ tangi possunt, *incorporales*, quæ tangi non possunt, §. *un. Inst. h. t.* Unde quæritur, quid sibi velint hæ definitiones? Notandum itaque est, plerosque Jurisconsultos olim fuisse Stoicos (§. 18.): Stoici autem omnes sensus reducere solebant ad tactum. Nihil enim potest vel ullo sensu percipi, nisi fiat contactus organorum sensoriorum. E. g. videre nihil possum, nisi radii luminis tangant oculum et per illum projiciantur ad retinam; audire nihil possum, nisi aër commotus feriat et tangat tympanum aurium; gustare non possum, nisi particulæ cibi tangant extremitates nervorum et fibrillarum in lingua et palato; denique nec odorem rei percipio, nisi ejus effluvia nervorum extremitates in naso contingant et vellicent. Quum ergo omnes sensiones fiant per contactum, unum quoque statui sensum posse existimabant Stoici, videlicet tactum. Ergo dum dicunt, rem corporalem esse, quæ tangi potest, perinde est, ac si dicerent, rem corporalem esse, quæ in sensus incurrit.

vel sensibus percipitur. Ergo res corporales sunt omnes res materiales; incorporales contra omnia, quæ in jure consistunt, e. g. jus venandi, jus dominii, servitutes, obligationes. Hæc enim omnia nullo sensu percipiuntur, quamvis effectus eorum in oculos aliosque sensus incurrant. Et inde facile deciditur quæstio, an pecunia sit res corporalis? Resp. Ipsa materia, i. e. aurum, argentum, æs signatum, quod pecuniam vocamus, procul dubio corporale est: incurrit enim in sensus. At valor vel pretium internum, quod pecuniæ inest, est res incorporalis, neque enim istud videri, audiri, tangi vel ullo alio sensu percipi, sed animo tantum intelligi potest.

Codex noster non dividit res in *corporales* et *incorporales*; sed in *mobiles* et *immobiles*, *art. 516.* Quæ divisio etiam priorem complectitur: etenim inter res incorporales quædam et immobiles censentur, *art. 526;* quædam mobiles, *art. 529.*

§. CCCLXXXVIII.

Vidimus, quæ res sint corporales et incorporales; jam de earum natura et indole quæritur, i. e. investigandum jam porro, quid justum sit circa res incorporales, et quid præ corporalibus habeant præcipui. Ex ipsa definitione fluit, 1°. res incorporales non possideri. Rem enim possidere est eam detinere, ei incumbere, eam custodia coercere. Hæc omnia non cadunt in res incorporales. Quia tamen et res incorporales vel jura, nostra sunt, hinc dicuntur quasi possideri, quamdiu illa exercemus iisque utimur, vel potentia pollemus illa exercendi. 2°. Res incorporales non tradi, sed quasi tradi. Rem jam explicavimus ad §. 381. 3°. Res incorporales non esse in dominio. Nam dominium supra §. 355, definitum est, quod sit jus in re corporali. Ergo dicere non possumus, jus pignoris est in dominio meo, servitus est in dominio, obligatio hæc est in dominio meo. Attamen quia et jura et obligationes non reddunt locupletiores, nec pretio suo destituuntur, hinc ea dicuntur in bonis esse; qua de re elegans locus *exstat in l. 49, ff. de V. S.*

Possunt res incorporales possideri: exemplum est in ser-

vitute, *Cod. Nap. art. 690.* Possunt etiam tradi, *art. 1607.* Deniquè sunt in dominio. Jure enim hodierno, in dominio nostro sunt omnes res, quarum domini dicimur.

§. CCCXXXIX et CCCXC.

Res corporales iterum subdividuntur in *mobiles* et *immobiles*. 1°. *Mobiles* dicuntur vel quæ se ipsæ virtute interna movent, e. g. servi, animalia; quæ et *se moventes* adpellantur: vel quæ salvæ de loco in locum transferri possunt, e. g. vehicula, supellex, libri. 2°. *Immobiles* vocantur vel (*a*) quæ physice salvæ moveri nequeunt, e. g. agri, fundi, prædia, ædes: vel (*b*) quæ immobilium partem constituunt, e. g. ea, quæ ædium partes sunt inseparabiles, fenestræ, janua; quæ in jure nostro vocantur fixa, vincta, et opponuntur rutis, cæsis, *l. 17, §. 6, l. 6, §. 2, de act. emt. venditi*: vel (*c*) quæ in perpetuum usum rei immobilis sunt destinatæ, veluti torcularia, dolia vinaria majora, et hujus generis alia.

TITULUS III.

De Servitutibus prædiorum.

§. CCCXCI.

Vidimus de rebus corporalibus et incorporalibus: sequitur doctrina de servitutibus. Per servitutem hic non intelligimus illam, de qua lib. I, egimus, quando persona personæ servit eique obnoxia est: sed quando res servit. Quum ergo illa servitus sit jus, et jura pertineant ad res incorporales, non mirum est, tractatui de rebus incorporalibus in genere subjici materiam de servitutibus.

§. CCCXCII.

Est vero *servitus* jus in re aliena constitutum, quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem. Dicimus, 1°. servitutem esse *jus*, ratione

nimirum ejus, qui servitutem habet: nam ratione servientis est obligatio vel onus. 2°. Observamus, servitutem esse *jus in re.* Nam supra §. 334, servitutem retulimus ad 4 species juris in re. Et sane, si mihi jus in ædibus vicini constitutum est, non persona vicini mihi obligata est, sed res ipsa, nempe ædes mihi devinctæ sunt. Dicimus porro, 3°. servitutem esse *jus in re aliena,* numquam enim res propria domino servit. Hinc, e. g. si possum aquam ex vicini puteo haurire, est servitus: simulac vero prædium vicini, in quo puteus est, adquiro, servitus esse desinit, quia jam puteus non amplius est res aliena, sed mea. Ergo et aquam non amplius haurio jure servitutis, sed jure dominii. Interest etiam, an in re aliena jus habeam perpetuum, an tantum aliquamdiu ejus usus mihi concessus sit. Priore casu est servitus, posteriore non est. sic e. g. si prædium conduxi, uti etiam possum puteo et inde aquam haurire, nec tamen ideo servitutem habeo. Addimus, 4°. *quo dominus aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem.* In eo consistit essentia servitutis. Ea posita est in *patiendo,* vel *non faciendo.* E. g. si vicini ex puteo mihi aquam hauriendi jus est, vicinus aliquid pati tenetur, ad quod alioquin non esset obstrictus. Si vero a vicino impetro, ne ædes suas altius tollat, aliquid non facere tenetur, quod alias tamquam dominus facere posset. Semper ergo serviens aliquid vel pati vel non facere cogitur. Quæritur, an non servitus etiam in faciendo consistere possit? Negatur in *l. 6, §. 2. ff. si serv. vind.* ubi Ulpianus, *non posse servitutem ita imponi, ut quis facere aliquid cogeretur.* Et sane si quis e. g. vicino promitteret, se ædes ejus refecturum, non esset hæc servitus, sed obligatio personalis, adeoque non jus in re, sed ad rem. Ceterum ex hac definitione jam facile patet, quotuplex sit servitus? *Res servit vel personæ, vel rei.* Si personæ servit res, ea dicitur *personalis servitus:* sin res servit rei, vel prædium prædio, vocatur *servitus realis* vel *prædialis.* Si e. g. maritus moriens in prædiis suis uxori constituit usumfructum, prædia ejus servient personæ uxoris, adeoque ususfructus est servitus personalis. Contra si vicini paries meum tignum excipere debet, ea servitus est realis, quia præ-

dium servit prædio. Personalium sunt quatuor, ususfructus, usus, habitatio, operæ servorum; de quibus titulis sequentibus agetur. Differunt etiam hæ servitutes effectu. Quia enim in personalibus res servit personæ, hinc etiam cum persona exstinguitur. Contra, reales, quia res rei servit, tamdiu durant, quamdiu res vel prædia supersunt, quamvis exstinctæ sint personæ, quarum in utilitatem servitutes constitutæ sunt.

Servitus est jus in re, *not. ad* §. *334*; et quidem in re alienâ. *Cod. Nap. art. 637*. In patiendo consistit ordinariè, *art. 697, 698 et 699*. Res servit rei; non eo verò sensu, ut ex servitute quæratur uno prædio in alterum præeminentia. *art. 638*. Res etiam servit personæ, nonobstante *art. 686*. Ibi enim inhibentur servitia quæ ad jus feudale spectant, nil verò impedit quominùs, si non honorificè, saltim utilitati personæ fundus inserviat; ut est in usu, usufructu, et servitutibus personalibus, putà, in servitute eundi, ambulandi hominis.

§. CCCXCIII et CCCXCIV.

Hoc titulo *de realibus servitutibus* agitur, quæ et *prædiales* vocantur, quia non in rebus mobilibus, sed immobilibus constituuntur. Quum vero hic semper serviat prædium prædio; alterum prædium, quod inde utilitatem capit, dicitur *dominans*; alterum, quod onus aliquod fert in alterius utilitatem, *serviens*. E. g. si ex ædibus meis tignum immitto in vicini prædium; meum prædium erit dominans, vicini prædium, quod tignum meum ferre tenetur, serviens. A dominante prædio semper servitus nomen accipit. Si enim illud est prædium rusticum, servitus vocabitur *servitus prædii rustici*: sin urbanum, servitus etiam *prædii urbani* adpellabitur. Ergo præcipue quæritur, quæ prædia urbana, quæ rustica dicantur? Cl. Westenbergius putat omnia ædificia esse prædia urbana, omnes fundos prædia rustica, idque probat ex *l. 180, ff. de V. S.* Sed in ea ipsa lege dicitur, hortos modo rustica prædia esse, modo urbana, et tamen horti non sunt ædificia, sed fundi. Celeb. Noodt ex *l. 3, ff. de servit.* prædia rustica putat in solo consistere; urbana, in superficie. Sed nec id adeo expeditum est. Lex

enim illa non loquitur de prædiis, sed de servitutibus, nec dicit, rusticas in solo, urbanas in superficie consistere, sed tantum docet, alias servitutes in solo, alias in superficie sitas esse. Rectissime ergo prædia rustica et urbana denominantur ab usu. Diserte in *l. 198, ff. de V. S.* legimus, *prædia urbana non locus facit, sed materia.* Ergo si prædium destinatum est usibus œconomicis, rei pecuariæ, agriculturæ, *rusticum* censetur, sive in urbe, sive ruri situm sit : si autem prædium destinatum habitationi voluptative, erit *urbanum*, sive ruri situm sit, sive in urbe. Et hinc e. g. ædificium, in quo habitamus, est urbanum, quamvis ruri exstructum : contra, ædificium, in quo fructus recondimus, veluti horreum, rusticum censebitur, tametsi in media urbe situm sit. Ita et hortus voluptatis caussa cultus, est prædium urbanum : ubi olera, herbæ et fruges tantum succrescunt, hortus erit prædium rusticum. *l. 198, ff. d. V. S.*

Distinctio inter servitutes urbanas et rurales servatur *Cod. Nap. art. 687.* Ita tamen ut servitus quæ in ædificio consistit, id est, ab ædificio debetur, dicatur servitus urbani prædii : quæ in solo consistit, sive à solo non ædificato debetur, sit servitus prædii rustici. Ita LAJANNÈS, *Jurisp. franç. t. 5, n. 284.* Cave etiam confundas *jura* et *servitutes* prædiorum : quod enim respectu prædii servientis est *servitus*, id ipsum respectu prædii dominantis *jus* est. Atque ideò potest esse *servitus* prædii rustici, quæ sit jus prædio urbano debitum ; putà, si fingas mihi jus esse eundi per tuum fundum ad domum meam.

§. CCCXCV.

Jam ergo his præmissis facile intelligentur axiomata. Primum ita se habet : *Omnis servitus est in re aliena.* Quoties enim re mea utor, toties id non facio jure servitutis, sed jure dominii, per ea, quæ diximus ad §. 392. Secundum axioma : *Nulla servitus in faciendo, sed in patiendo vel in non faciendo consistit.* Nam alias dominus in re sua potest facere, quod lubet, neque tenetur cuiquam aliquod jus in re sua concedere. Si ergo cogitur, aliquid non facere, vel pati in re sua, toties res ejus servit. Quoties tenetur aliquid pati, toties servitus est *affirmativa*, e. g. servitus tigni immittendi, luminum, one-

ris, etc. si vero aliquid cogitur non facere, servitus erit *negativa*, e. g. ne luminibus officiatur, ne altius tollat, etc. Tertium axioma : *Omnes servitutes sunt individuæ*. Sunt enim jus : jus dividi nequit. Ita nemini concedi potest dimidium jus viæ, itineris, etc. Quartum axioma : *Servitutis caussa debet esse perpetua*. Ratio est, quia servitutes in eum finem concessæ sunt, ut vicinus iis uti possit, quotiescumque libet. Atqui si caussa non est perpetua, vicinus ea pro lubitu uti nequit. Ergo non erit servitus. Hinc e. g. concedere alicui possum aquæ haustum ex puteo vel fonte, quia ibi perpetua et perennis aqua est : non autem ex cisterna, ubi exarescere et deficere solet aqua, si aliquamdiu pluvia non ceciderit. Elegans exemplum est in *l. 28, ff. de serv. præd. urb.* ubi quæritur, si vicino concedam, ut apertum habeat foramen in imo pariete pavimenti proluendi caussa, an hæc sit servitus ? et respondetur, non esse servitutem, nisi eo aliquid pluviæ aquæ perveniat, quia alias caussa non sit perpetua.

Sed jure domini.] Quippè quod omnia jura in re naturaliter complectitur. *not. ad §. 334.*

Dominus non tenetur cuiquam aliquod jus in re sua concedere. *Cod. Nap. art. 545.*

§. CCCXCVI.

Hinc facile possumus intelligere, quo pacto servitus constituatur ? Resp. Distinguendum est inter jus ad rem et in re. Jus ad rem adquirere possum 1°. Per pactum vel stipulationem, si quis mihi promittat, se mihi servitutem in re sua concessurum. 2°. Per ultimam voluntatem, si quis testamento vel codicillis mihi leget jus aquæ haustus, luminum, viæ, etc. 3°. Per præscriptionem, si decem annis inter præsentes, viginti inter absentes jure aliquo in re aliena usus sim. Sed primo casu non nisi jus ad rem habeo. Persona promittentis vel heredis mihi obstricta est, non ipsa res ; hinc et meram actionem personalem habeo, non realem. Si autem quæram, quo pacto adquiram jus in re ? Respondemus, per subsequentem quasi traditionem. Dico, *quasi traditionem*. Quia enim servitus est jus, adeoque res incorporalis : hinc proprie tradi nequit ;

sed *quasi tradi.* Illa quasi traditio autem fit per usum unius, et alterius patientiam. E. g. si mihi concessus est aquæ haustus in fundo vicini, et ego ibi aquam haurio, vicinus autem id fieri patitur: tunc servitus quasi tradita mihi intelligitur. Et ex eo tempore habeo jus in re, adeoque actionem realem adversus quemcunque possessorem. Exceptio tamen est in servitute per ultimam voluntatem constituta. Hoc enim casu jus in re adquiro etiam sine traditione, simul ac testator obiit (§. 329.). Et hinc servitus legata mortuo testatore statim peti potest actione reali. §. *80, ff. de legat. l. 64, ff. de furt.*

Jure nostro, servitus constitui potest vel ex ipsâ locorum dispositione naturali, vel lege, vel pacto, vel etiam præscriptione. *Cod. Nap. art. 639 et 690.*

§. CCCXCVII.

Nec minus jam clarum est, quis teneatur ad refectionem, si servitutem in re aliena habeam. E. g. habeo jus aquæductus per fundum vicini; canales jam rupti sunt et reficiendi; an ergo illa refectio meis, an vicini sumtibus fieri debet? Resp. Dominans semper tenetur ad refectionem, *l. 15, §. 1, ff. de servit.* Ratio ex axiomate nostro 2, §. 395, fluit. Servitus enim non potest in faciendo consistere, sed vel in non faciendo vel in patiendo. Atqui si serviens reficeret, aliquid faceret, ergo non serviret. Ergo reficere tenetur dominans.

Dominans semper tenetur ad refectionem, *Cod. Nap. art. 697 et 698;* nisi aliud inter paciscentes convenerit. *art. 699.* Adde *§. 399 infrà.*

§. CCCXCVIII.

Denique ex tertio axiomate, quod servitus sit individua, facile solvitur quæstio, an pro parte constitui possit servitus? Negatur, quia jus tamquam res incorporalis non potest admittere divisionem. Quis, quæso, alicui constitueret dimidium jus pignoris, servitutis viæ, itineris, aquæ haustus? sane ne intelligi quidem potest, quid hoc sit. Aliud est, si quæramus, an usus servitutis divisionem

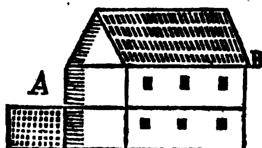
admittat? Id enim adfirmandum. Nam potest usus dividi 1°. ratione modi, e. g. concedo tibi viam, sed ita ut non nisi uno equo nec plaustro onusto ibi vehi possis, *l. 4*, §. *1*, *ff. de servitut.* 2°. Ratione temporum, e. g. concedo tibi jus pascendi, sed non nisi horis antemeridianis, vel, tantum alternis diebus, *l. 5*, §. *1*, *ff. h. t.*

Quod servitus sit individua, id non solùm ex ratione ipsâ patet, sed etiam ex dispositione *Cod. Nap. art. 700.*

§. CCCXCIX, CCCC et CCCCI.

Sufficiant hæc dicta de servitutibus generatim. Jam de singulis in specie. Quemadmodum vero eas divisimus in servitutes prædiorum urbanorum et rusticorum, ita prius de *urbanorum prædiorum servitutibus* dispiciemus. Tales sunt:

I. Servitus *oneris ferendi*, quando columna vicini vel paries meum ædificium sustinere cogitur. E. g. in schemate hoc, si paries A sit Titii, et ædificium B sit meum,



Titii prædium mihi præstat servitutem oneris ferendi. Præcipua hic quæstio est, quis reficere teneatur columnam vel parietem servientem? vulgo enim doctores respondent, refectionis onus incumbere servienti, ob *l. 6*, §. *2*, *ff. si serv. vind.* quumque id repugnet §. 397, inde servitutem hanc vocare solent *anomalam*, i. e. irregularem. Sed id quidem ex hac lege 6, non liquet. Nec enim ibi quæritur, an ordinarie dominus parietis teneatur ad refectionem, sed an ex pacto teneatur, si promiserit, se refecturum? Negabat id Gallus Aquilius, quia hujusmodi pactum repugnat servitutum naturæ. Alii pactum hoc valere adfirmabant, quia dominus parietis sibi imputare debet, quod promiserit, et præterea ipsi semper salvum sit jus derelinquendi parietem, si nollit illum reficere. Et id

quidem est verissimum. Sed quis, quæso, inde colligeret, servientis prædii domino ordinarie incumbere onus refectionis, etiamsi id se suscepturum non promiserit? Mirandum ergo est, viros etiam doctissimos veluti ex compacto hunc errorem admittere.

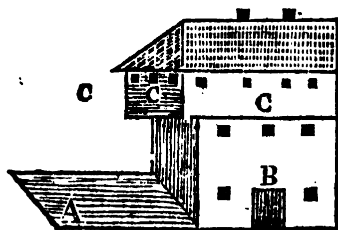
Talia pacta permittuntur, ceu patet ex *art.* 699. Sed ab obligatione faciendi se expedire dominus prædii servientis facilè potest, si malit hoc prædium derelinquere domino prædii dominantis. *ibid.* Adde *art.* 656.

§. CCCCII.

II. *Servitus tigni immittendi* est altera ex urbanis. Ea est jus, quo vicinus pati cogitur, ut meum tignum suo parieti immissum in eo requiescat. Per tignum autem non modo trabs in jure nostro intelligitur, sed omnis materia, qua ædificia constant, veluti lapides, ferrum, etc. *l. 1, §. 1, ff. de tigno junct., l. 62, ff. de V. S.* Hinc facile patet, quomodo hæc servitus ab antecedente differat. Nam in illa totum ædificium meum in vicini pariete vel columna requiescebat; in hac, tignum tantum unum vel alterum in eum immittitur.

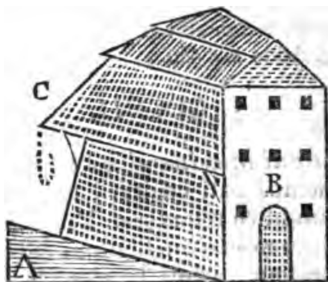
§. CCCCIII.

III. *Servitus projiciendi* est jus, quo vicinus pati cogitur, ut partem ædium mearum ita provehere possim super ipsius aream, ut nusquam in ea requiescat, sed tantum illi immineat. Partes hujusmodi projectæ in jure nostro vocantur *Mœniana* vel *suggrundia*, *l. 242, §. 1, ff. de V. S.* Exemplum habes in schemate, ubi A est area



Titii vicini, B est ædificium meum, C sunt mœniana seu suggrundia areæ Titii imminentia, nec requiescentia tamen in ea.

IV. *Servitus protegendi* est jus protectum habendi supra vicini aream. Vocamus autem protectum, tectum ad avertendas pluviarum et imbrium injurias, quæ parieti

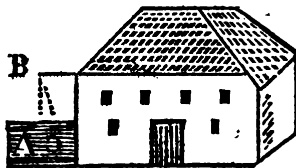


nocere possent, comparatum, Germanis *ein Wetterdach*. In subjecto schemate A est area vicini, B meum ædificium, C est protectum.

§. CCCCIV.

V. Servitus *stillicidii* recipiendi est jus, quo vicinum prædium tenetur recipere stillicidium nostrum.

VI. *Servitus stillicidii non recipiendi*, quando statuta permittunt, ut stillicidium in vicini fundum cadat, sed ego tamen vicinum prohibere possum, quo minus id faciat, e. g. A est area vicini. B tectum, unde stillicidium meum



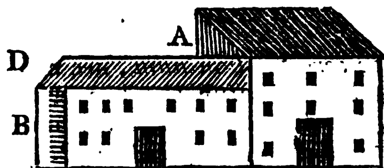
cadit. Si vicinus id pati tenetur, habeo ego servitutem stillicidii recipiendi; contra, si per statutum mihi liceret, ut stillicidium meum B in vicini aream A immittere pos-

sem, is tamen me prohibere posset, foret hæc servitus non recipiendi stillicidii. Ergo et facile intelligimus, quæ sit servitus VII, *fluminis recipiendi*; et VIII, *non recipiendi*. Stillicidium enim et flumen differunt, uti minus et majus. Stillicidium est aqua ex tecto stillatim vel guttatim cadens : flumen est aqua ex tecto cadens in canales collecta. In stillicidio aqua cassitat, in flumine cum impetu ruit.

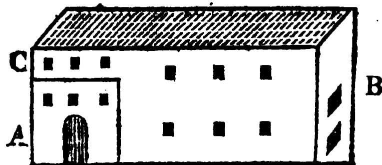
Jure Gallico, nemini licet aquas suas in vicini fundum derivare; sed ita debet tectum quisque inclinare, ut vel ipse, vel via publica stillantes aquas excipiat. *Cod. Nap. art. 681.* Cæterùm, nil prohibet quominus huic statuto unusquisque renuntiet, et servitutem *stillicidii recipiendi* stipuletur vel promittat.

§. CCCCV.

IX. *Servitus altius non tollendi* est jus, quo vicinus in commodum ædium mearum suas altius tollere prohibetur. Hujus præcipue usus est, si habeam fenestras A in superiore contignatione D apertas, eæque obscurarentur, si vicinus altius ædificaret ædes suas B.



X. Omnium difficillima contra est servitus *altius tollendi*. Nam quousque velim ædes meas tollere, est res, quæ pertinet ad libertatem meam naturalem. Si vero ex libertate naturali mihi licet ædes tollere, quousque velim : consequens est, ut mihi non opus sit servitute a vicino impetrata. Hinc Pagenstecherus putat, si mihi jus sit in



vicini domo A altius tollendi, adeoque A sit domus vicini, B domus mea, C contignatio vicini ædibus imposita, eam tunc fore servitutem altius tollendi. Sed procul dubio ea in re errat Vir Clarissimus. Nam si ego contignationem imponere possum ædibus vicini, tunc non est servitus altius tollendi, sed servitus oneris, de qua supra egimus. Ergo verosimilis videtur eorum sententia, qui fingunt, statutum civitatis esse conditum, ne quis invito vicino altius ædificare possit, quam ad certum modum. Si ergo tunc vicinus a vicino istam facultatem ultra modum legitimum ædificandi obtinet, tunc habet servitutem altius tollendi. Et sane hujusmodi statuta olim et Romæ et Constantinopoli fuisse, docuimus in *Ant. Rom. l. II, tit. III, §. 7.*

Hodiè possumus stipulari quidem servitutem *altiùs non tollendi*; sed vix est ut similiter liceat de servitute *altius tollendi* convenire. Legibus enim nostris, non arbitrio cujusque relinquitur, in quantam altitudinem velit ædificia sua evehere; sed hoc politiæ est; et ne ultrà certum modum in altitudinem evehantur ædificia, accuratè cavent ædiles (*les Voyers*).

§. CCCCVI.

XI. Sequitur *servitus luminum*, nec non XII *servitus, ne luminibus officiatur.* Hæ duæ servitutes recte ut intelligantur, duo notanda sunt : 1°. neminem posse fenestras aperire nisi in suo pariete : 2°. posse quidem unumquemque fenestras in suo pariete facere, quot velit, sed et vicino tunc licere eas ædificando obstruere, *l. 8, §. 5, ff. si serv. vind. l. ult. §. ult. de servit.* Si ergo vicinus a vicino hoc impetrat, ut possit in ejus pariete fenestras habere, ea est servitus *luminum* : sin in meo pariete habeam fenestras, quæ in vicini aream apertæ sunt, isque mihi promisit, se eas non obstructurum esse ædificando, vocatur servitus *ne luminibus officiatur.*

Neminem posse fenestras, etc.] Ita *Cod. Nap. art.* 675 *et seqq.*

§. CCCCVII.

§. CCCCVII.

Ab his differunt servitutes XIII *prospectus* et XIV *ne prospectui officiatur.'* Servitus prospectus est, quando mihi licet vel in vicini aream, vel per illam in locum amœnum remotiorem prospicere. Si vero mihi non modo id licet, verum etiam vicinus mihi fidem dedit, se huic prospectui meo non offecturum, dicitur hæc servitus ne prospectui officiatur. Inter luminum ergo et prospectus servitutem permultum interest. Nam 1°. in servitute luminum, fenestræ possunt esse clausæ: in prospectu, apertæ esse debent. 2°. In servitute luminum requiritur contiguitas prædiorum: servitus prospectus constitui etiam potest a vicino remotiore. 3°. Servitutem luminum arbores e regione fenestrarum plantatæ non impediunt, at impediunt prospectus servitutem. *Vid. l. 12, de serv. urb. præd.*

Vide *Cod. Nap. art. 676 et seqq.*

§. CCCCVIII—CCCCX.

Hactenus de servitutibus prædiorum urbanorum. Sequuntur servitutes *prædiorum rusticorum*, quarum tres præcipue sunt, 1°. iter, 2°. actus, 3°. via. Omnes in eo consistunt, quod per alienum fundum possim viam capere, sed differunt tamen 1°. usu. Si iter habeo, possum ire, ambulare, sed non jumentum agere vel vehiculum, *l. 1, pr. de serv. præd. rust.* Si actum habeo, possum ire, ambulare, jumentum agere vel vehiculum, non autem plaustrum ducere. Si viam, possum ibi vehere, i. e. plaustrum ducere. Olim obscuræ visæ sunt definitiones actus et viæ. Inter has enim servitutes nihil superesse discriminis existimarunt, si et actum et viam habenti liceret vehi vel vehiculum agere. Sed primus adcurate V. A. Cornel. van Bynkersh. *Obs. IV, 7*, in definitione actus, per vehiculum intelligit vehiculum, quod manu agitur, vel trusatile: in definitione autem viæ, vehere esse idem, ac plaustrum onustum ducere. Deinde differunt hæ servitutes, 2°. quantitate spatii. Qui viam habet, ei indul-

gendum est spatium VIII pedum in porrectum, XVI in anfractum, et tanta altitudo, ut hasta erecta ferri, i. e. plaustrum onustum sine impedimento duci possit; unde si arbores ibi sunt, quarum rami vecturæ impedimento sint, dominantis prædii possessor eos coercere et amputare potest ad justam altitudinem, *l. 7, §. 8, ff. eod.* Hoc spatium erat viæ. Actus latitudo erat quatuor pedum; idque discimus ex *Varr. de Ling. Lat. l. 4, 4.* Itineris quanta amplitudo fuerit, hodie non constat, verosimile tamen est, illud duorum vel trium pedum fuisse. Denique 3°. et mutua relatione differunt hæ servitutes. Qui viam habet, is et actum habet et iter: qui actum habet, is et iter habet, sed non viam: qui iter habet, nec actum nec viam habet. Ratio est in *l. 21, ff. de R. J. Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere.*

De Jure itineris, confer *Cod. Nap. art. 682 et seqq.* Vide etiam Cujacium, *Obs. lib. 22, cap. 35.*

§. CCCCXI et CCCCXII.

Reliquæ servitutes rusticorum prædiorum ex ipsis vocabulis intelliguntur. Sic 4°. servitus *aquæ haustus* est, quando nobis jus competit, aquam ex vicino fonte vel puteo hauriendi. 5°. Servitus *aquæ ductus*, quando nobis jus est aquam ex alterius fundo vel per alterius fundum ducendi. 6°. Servitus *ad aquam adpulsus*, quando nobis jus est pecora nostra adpellendi ad alterius aquam. 7°. *Servitus pascendi*, quando jus nobis est pecora nostra in alterius agro vel prato pascendi. Ergo non est jus pascendi, sed *jus compascui* (*Koppelweide*), si duo vel plures ita conveniunt, ut omnes simul pecora in suis communibus campis pascere possint. Jus pascendi enim est servitus, et hinc irrevocabile: jus compascui contra precarium et revocabile. 8°. *Jus calcis coquendæ,* quando ex vicini agro lapides coquendæ calci aptos eximere possum. 9°. *Jus arenæ fodiendæ*, si mihi ex ejus fundo arenam fodere licet. 10°. *Jus cretæ eximendæ*, si cretam effodere ex alieno fundo possum. Quin infinitus fere esse potest servitutum rusticorum prædiorum numerus, pro diversa indole rei rusticæ et pro necessitate et indigentia.

lapidis eximendi

cujusvis patrisfamilias. Id adhuc observandum, in servitutibus rusticorum prædiorum adcurate considerandas esse pactiones, quibus constituuntur. Nam si e. g. aquæ haustum concedo vicini prædio, est servitus prædialis: sin eundem permitto personæ vicini, erit servitus personalis. Priori casu hoc jus perpetuo inhærebit prædio: posteriore exspirabit cum persona æque ac ususfructus, usus, habitatio. Et id observari videmus in *l. 14, §. ult. ff. de alim. legat.*

Non solùm servitutes quæ in hoc paragrapho enumerantur constitui possunt, sed et aliæ, quas volet cujusque fundi dominus. *Cod. Nap. art. 686.*

§. CCCCXIII.

Superest, ut videamus, quomodo servitutes finiantur? Equidem, in se sunt jus non momentaneum, sed perpetuum, uti omnia jura in re, §. 333. Sed per accidens tamen contingere potest, ut finem accipiant. Idque fit 1°. *consolidatione.* Est autem consolidatio, quando idem fit utriusque prædii, servientis et dominantis, dominus. Tunc sane finitur servitus ob principium, quod §. 392, supra explicavimus, quod res suo domino servire non possit. Exstinguitur deinde 2°. *remissione.* Quum enim servitus constituatur in prædii dominantis utilitatem, §. 392, et unusquisque juri in favorem sui introducto renuntiare possit, consequens est, ut et dominantis prædii possessor recte renuntiet juri ex pactione quæsito, eoque facto cesset servitus. 3°. *Non-usu* 10 annorum inter præsentes, 20 inter absentes. Id enim in universum de omnibus observandum est juribus, quod præscriptione 10 annorum et adquiri et amitti possint. Sed et hic aliquid singulare habent servitutes urbanorum prædiorum. In illis enim non sufficit solus non-usus, sed alter debet etiam usucepisse libertatem. Hinc si habeam jus tigni immittendi in vicini parietem, et ædes meæ incendio perierint, non sufficit ad amittendam servitutem, me decem annis tignum non immisisse, sed vicinum etiam oportet obstruxisse foramina. Si tunc ego per decem annos adquievi, servitutem amisisse intelligor, *l. 6, §. 7, de serv.*

urb. præd. 4°. Exstinguitur etiam servitus *interitu prædii servientis*. Quia enim est jus in re, §. 392, consequens est, ut, re exstincta, etiam jus, quod in illa re fundatum est, exspiret. Attamen, restituto prædio in eam formam, in qua antea fuit, etiam servitus reviviscit, nisi interea præscriptione sublata sit, *l. 20, §. 2, ff. de serv. urb. præd.* e. g. prædio, cujus parieti tignum immiseram, flammis absumto, servitus tigni immittendi finita est. At si vicinus prædium reædificet, mihi iterum licebit, tignum immittere, nisi interea præscriptio adimpleta sit.

Consolidatione.] Ita *Cod. Nap. art. 705.*
Remissione.] Ita enim omnes possunt solvi obligationes.
Non usu.] *Cod. Nap. art. 706, 707, 708, 709 et 710.*
Interitu prædii.] *Art. 703 et 704* idem jus constituunt.

TITULUS IV.

De Usufructu.

§. CCCCXIV, CCCCXV et CCCCXVI.

Supra §. 392 diximus, omni in servitute rem servire et quidem, si res serviat personæ, dici has servitutes personales, talesque esse usumfructum, usum, habitationem, operas servorum : sin res serviat rei, servitutem inde emergere realem vel prædialem. Jam de realibus vel prædialibus actum tit. III, ergo et de personalibus nunc erit agendum, et quidem de usufructu tit. IV, de usu, habitatione et operis servorum tit. V. *Ususfructus* in *l. 1, ff. h. t.* describitur, quod sit *jus utendi, fruendi rebus alienis salva earum substantia.* Sed in hac definitione multa desiderant eruditi. Definiri enim dicunt idem per idem, et, si audiamus vocabulum ususfructus, nos æque certos esse, ac si audiamus definitionem, jus utendi, fruendi. Sed res salva est et definitio sane optima, modo prius vocabula recte intelligamus. Uti et frui differunt apud Lati-

nos : differunt etiam uti et abuti. *Uti* est ex re tantum percipere, quantum exigit necessitas : *frui* autem omnia percipere, quæ ex re proveniunt, sive ad necessitatem pertineant, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem. Adparet id ex eleganti loco *Senecæ de vita beata*, *c. 10* : Tu voluptate frueris, ego utor. Sensus est, tu voluptates omnes sectaris, etiam eas, quibus ad reficiendas vires non est opus : ego tantum, quantum necesse est, honestam voluptatem quæro. *Uti* autem et *abuti* quomodo differant, ostendit *Don. ad Terent. Andr. prol.* quod *uti* sit commodum percipere re salva : *abuti* commodum percipere ita, ut res utendo absumatur. E. g. si ædibus alienis utor inhabitando, vere utor, quia salva manet ædium substantia : sin in oppugnatione urbis milites ædibus utantur et eas terris impleant, et in ista mole tormenta locent, iste non usus, sed abusus est. Ita et pecunia aliena debitor utitur : vino alieno abutitur : Jam ergo per partes facile intelligemus definitionem. Ususfructus 1°. est *jus*, et quidem jus in re sive servitus, §. 392, 2°. *jus utendi fruendi*. Usufructuarius enim e re fructuaria omnia percipit, quæ non modo ad necessitatem, sed ad utilitatem et voluptatem pertinent. 3°. Utitur, fruitur *rebus alienis*. Est enim servitus, et res suo domino servire nequit. Ergo dominus quidem utitur fruitur etiam rebus suis, isque usufructus *caussalis* vocatur; sed ille non est servitus, neque de eo hic agimus, verum de *usufructu formali*, qui in rebus alienis constituitur. Unde constituto hoc usufructu semper concurrunt duæ personæ : alteri competit rei dominium, unde et *proprietarius* vocatur; alteri ususfructus in ea re, hinc *usufructuarius* appellatur. Additur 4°. utendum fruendum esse *salva rei substantia*. Alias enim non esset usus, sed abusus per ea, quæ de differentia horum vocabulorum paullo ante diximus. Immo inutile etiam proprietario foret dominium, si usufructuarius rem ipsam consumere posset.

Jure hodierno ususfructus est jus alienis rebus utendi-fruendi, ut faceret ipse dominus, sed salvâ harum rerum substantiâ. *Cod. Nap. art. 578 et 597.*

§. CCCCXVII.

Ex hac ergo definitione facile patet, quos fructus percipiat usufructuarius. Notandum axioma, *usufructarius omnes fructus suos facit, quos percipit, modo sint ordinarii.* Jam cum fructus sint vel naturales vel industriales, et illi natura proveniant, veluti fœtus animalium, fœnum, etc. hi autem accedente labore et industria patrisfamilias, veluti messis, fructus arborum : quæritur, 1°. an usufructuarius utriusque generis fructus adquirat? Omnes sine discrimine, quia ususfructus est jus utendi, fruendi : uti-frui autem omne genus commodorum complectitur. Objiciunt §. *35, Inst. de rer. divis.* ubi dicitur, fructus percipi pro cultura et cura, unde colligunt, tantum deberi industriales; sed istum scrupulum jam exemimus §. 577. Porro 2°. quæri solet, an usufructuarius et thesaurum in fundo repertum suum faciat? Resp. id negandum esse, ob *l. 7, §. 12, ff. solut. matr.* Nam secundum axioma nostrum usufructuarius capit tantum fructus ordinarios, in his autem non sunt thesauri. Fundos enim et agros non habemus, ut ibi thesauros quæramus, sed ut eos colamus. Quæritur, 3°. an usufructuarius prædium, ex quo usumfructum capit, possit locare? Resp. Omnino. Quod enim quis habet, et in alterum transfere potest, nec interest proprietarii, ipsene utatur usufructuarius, an ejus nomine alius, modo ipsi salva sit rerum substantia. Vendere ergo etiam potest fructus; sic enim suum vendit : non tamen suum jus cedere, quia cum persona sua exspirat, multo minus rem fructuariam vendere, quippe quæ ad proprietarium pertinet.

Omnes sine discrimine.] Consonat *Cod. Nap. art. 582 et seqq.*

In his autem non sunt thesauri.] Ita et pleniùs *Cod. Nap. art. 598 in fine.*

Non tamen jus suum cedere.] Immò, Codice nostro fructuarius non modo vendere et locare jus suum potest, sed etiam illud vel extraneo cedere titulo gratuito. *art. 595.*

§. CCCCXVIII.

Facile etiam jam intelligimus, an et quatenus usufructuarius de re libere disponere possit? Resp. Secundum definitionem nostram utendum-fruendum est *salva rei substantia*: non autem substantia salva manet, si quid in forma rei mutatur. Ergo 1°. sequitur, ut ne in meliorem quidem statum redigere possit usufructuarius, *l. 13, §. pen. l. 44, ff. h. t.* Hinc e. g. ex pratis in prædio fructuario non potest facere agros cultos, ex agris non potest facere piscinas, in ædibus ex taberna non potest facere cubiculum, quantumvis id utile videatur futurum proprietario. Ex eodem vero principio, quod utendum-fruendum salva rei substantia, sequitur 2°. usufructuarium teneri ad refectionem rei. Sane si quis usumfructum haberet in ædibus, non salva mansura esset ædium substantia, nisi quantocius reficerentur. Ergo tenetur ad refectionem, *l. 7, §. 2, 3, ff. eod.* Sed tamen id intelligendum de refectione modica ob præsentem fructuum necessitatem, ceu in hac ipsa lege dicitur. Hinc si admodum ruinosæ essent ædes, et sine maximis impensis in integrum restitui non possent, istas impensas proprietarius ferret. Porro 3°. inde colligimus, usufructuarium uti-frui debere tamquam bonum patremfamilias. Is autem res utendo non perdit, sed, si quid deterius factum, statim restituit. Ergo idem est usufructuarii officium. Hinc si usumfructum gregis habet, in locum demortuorum capitum alia ex fœtu submittit: in vinea, in locum demortuarum vitium alias plantat. *L. 38, Inst. de rer. divis.* Alia exempla de mancipiis, vestimentis aliisque similibus rebus more boni patrisfamilias utendis habes in *l. 15, §. 1, ff. h. t.* Denique ex eodem fundamento, 4°. patet, usufructuarium præstare debere cautionem proprietario. Quum enim huic salva esse debeat rei substantia, §. 416, eam autem salvam fore certus esse non possit nisi præstita cautione: cavere sane debet usufructuarius, et quidem datis fidejussoribus, 1°. se usurum, fruiturum boni viri arbitratu; 2°. se finito usufructu rem salvam restituturum, *L. 1, ff. usufr. quemad. cav.* Hæc cautio

tam est necessaria, et æqua, ut quidem ab ipso proprietario remitti possit, quia in ejus favorem inventa est, *l. 7, fin. ff. de l. falcid.* non autem a testatore, qui alicui usumfructum relinquit, *l. 1, C. de usufr.* Hinc fit, ut si usufructuarius reperire non possit fidejussores, ipse etiam non accipiat rei fructuariæ possessionem, sed res vel heredi vel tertio caventi conceditur, ea tamen lege, ut fructus usufructuario tradantur, Gail. *Obs. II, 47.* Cessat tamen hæc cautio in usufructu a lege constituto, *l. ult. §. 4, C. de bon. quæ lib.* Hinc quamvis pater in bonis filii filiæve adventitiis gaudeat usufructu, non tamen ideo filio filiæve præstat cautionem, quia ipsi hic ususfructus a lege concessus est, et quia iniquum esset, filium tam parum fiduciæ in patrem collocare. Item in venditione sub retentione ususfructûs.

Usufructuarium teneri ad refectionem.] Juxta distinctionem propositam *in art. 605, 606,* etc.

Tanquam bonum patremfamilias.] Ita *Cod. Nap. art. 601.*

Ex fœtu submittit.] Consonat *art. 616 in fine.*

Demortuarum vitium.] Idem observatur circà omnes frugiferas arbores, *art. 594.*

Præstare debere cautionem.] Hoc apertè dicit *art. 601.* Adde *art. seqq.*

§. CCCCXIX.

Quæritur porro, in quibusnam rebus ususfructus constitui possit? Id quoque ex definitione patet. Nam quia utendum-fruendum est salva rei substantia, §. 416, per se patet, eum constitui tantum posse *in rebus non fungibilibus.* Nimirum Jurisconsulti dividunt res in *fungibiles,* quæ numero, pondere et mensura constant, i. e. quæ ad numerum, pondus et mensuram emuntur, venduntur, vel in contractum veniunt: et *non fungibiles,* quæ non admittunt æstimationem secundum numerum, mensuram et pondus. Sed cum hæ definitiones paullo sint obscuriores, dabimus operam, ut differentiam rerum fungibilium magis perspicue ostendamus. Differunt ergo ita. 1°. Res fungibiles nullum præstant usum, nisi absumantur, e. g. vinum, panis, frumentum : non fungibilibus uti possumus, ut salvæ sint, e. g. prædium, ager, etc. 2°. In rebus fun-

gibilibus tantumdem est idem; e. g. si tu mihi dederis 100 aureos, et ego tibi reddo totidem aureos, satisfeci tibi, quamvis non eosdem receperis quos dederas : in non fungibilibus, tantumdem non est idem. Hinc si tibi commodavi librum, et tu mihi alium ejusdem quantitatis et qualitatis reddideris, nondum mihi satisfecisti, sed debes eumdem in specie reddere, quem tibi dedi. 5°. Res fungibiles non admittunt pretium affectionis, e. g. unus aureus, quamvis a rege mihi datus, non est majoris pretii, quam alter, quem a rustico accepi : ast res non fungibiles hujusmodi pretium admittunt. Sic e. g. liber 20 florenorum ideo mihi potest esse pluris, quam 100 florenorum, quia illum dono accepi a principe, a patre, quia est monimentum gratiæ regis. Jam ergo si quæramus, quarum rerum usumfructum habere possimus, respondendum erit, non fungibilium; quia illæ solæ utendo non consumuntur, ususfructus autem est jus utendi-fruendi salva rei substantia. Hinc absurdus esset ususfructus vini mei Titio concessus. Si enim vino uteretur Titius, quam utilitatem, quæso, mihi præstaret proprietas ipsius vini? Nihilominus tamen senatusconsulto quodam inventus est *quasi-ususfructus*, qui et in rebus fungibilibus locum habet, modo cautionem præstet quasi-usufructuarius, se finito usufructu tantumdem in eodem genere restituturum. Ergo si habeam quasi usufructum vini, possum vinum istud absumere, modo caveam, usufructu vini finito, nempe post mortem, tantumdem vini et ejusdem generis restitutum iri, §. *2*, *Inst. h. t.* Posset aliquis existimare, hunc quasi-usumfructum plane non differre a mutuo. Quid enim interest, an pecuniam dem mutuam alicui, an ejus quasi-usumfructum concedam? Sed resp. inter mutuum et quasi-usumfructum permultum interest. Nam 1°. in mutuo promitti possunt usuræ : non autem tales præstat quasi-usufructuarius. 2°. In mutuo non exigitur cautio : in quasi-usufructu exigitur. 3°. Mutuum potest repeti, simulac velit creditor, nisi certum tempus constitutum sit : at quasi-ususfructus durat ad dies vitæ; est enim servitus personalis, quæ cum persona demum exspirat. Quæri hic solet, si vestium ususfructus concedatur, sitne ille verus, an quasi-ususfructus? Sane ipsa jura hic dissentire

videntur. In §. 2, *Inst. h. t.* in vestimentis esse dicitur quasi-ususfructus: contra in *l. 15*, §. 4, *ff. usufr. quemadm. cav.* etiam verus ususfructus in vestibus constitui dicitur. Hic multa corradunt doctores, ut Justinianum Justiniano concilient. Plerique distinguunt, sintne vestes usus quotidiani, an, quibus diebus sollemnibus et festis utamur. In illis quasi-usumfructum esse dicunt, quia usu consumantur: in his verum usumfructum, quia diutius salvæ maneant. Sed hæc arguta magis quam vera. Potest utrumque statui. In vestibus verus ususfructus est, si earum usumfructum ita legavit testator, ut tales restituantur, quales sunt, finito usufructu. Contra et quasi-ususfructus vestium esse potest, si testator voluerit, ut finito usufructu similes vestes vel earum æstimatio restituatur, eoque nomine cautio præstetur. Animadvertit hoc Dn. Pagenstecherus in *Aphorism. ad Inst. h. t.*

Quod hic traditur de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur, confirmatur *art. 587 Cod. nostri.*

§. CCCCXX.

Quæritur adhuc, an et onera quædam habeat usufructuarius? Romani semper ita inierunt rationes, æquum esse, ut, qui commoda percipit, eum et incommoda sequantur. Jam quum paullo ante §. 418 ostenderimus, usufructuarium ex re aliena omnes fructus omniaque commoda percipere, nihil æquius est, quam ut et incommoda ferat, quæ rei ejus incumbant. Talia cum sint onera et tributa vel vectigalia, quæ ex re solvenda sunt vel fisco vel ærario, ea merito sustinet usufructuarius, *l. 7*, §. 2, *ff. de usufruct.* Ceterum facile patet, id intelligendum esse de tributis et oneribus rei fructuariæ impositis. Nam si onera sint personalia, veluti census capitis (*Kopfsteuer*), ea pro proprietario non solvit usufructuarius, sed ipse ad ista solvenda obstrictus est proprietarius.

An et quatenus, tributa et vectigalia, solvere teneatur fructuarius, videre est *in Cod. Nap. art. 608 et 609.* An etiam æri alieno obedire teneatur, defuncti cujus liberalitate habet

usumfructum, traditur *in art. 611 et 612.* An de impensis in judicio factis propter res fructuarias, vide *art. 613 et 614.*

§. CCCCXXI.

Vidimus hactenus ipsam naturam et indolem ususfructus: superest, ut doceamus, quomodo et constituatur et finiatur. Prius discimus ex hoc §. posterius, ex sequentibus. Constituitur ususfructus vel *a lege* vel *a judice* vel *a domino.* (I.) *A lege*, quoties ipsæ leges disponunt, ut in his vel illis rebus usumfructum habeamus. Sic 1°. leges jubent, ut patri competat ususfructus in bonis adventitiis liberorum. *l. 6, Cod. de bon. quæ lib.* 2°. Leges jubent, ut si conjux ad secunda vota transit, is in rebus, quas a priore conjuge accepit, tantum usumfructum habeat, *l. 3, l. 5, Cod. de secund. nupt.* Multis locis est receptum, 3°. ut maritus constante matrimonio usumfructum percipiat rerum paraphernalium uxoris, idque probant ex *l. 9, §. 3, ff. de jure dot. l. 11, Cod. de pactis convent.* Sed in priore lege nihil de usufructu paraphernalium dicitur: in posteriore ususfructus addicitur marito, si uxor eum expresse constituerit. Ergo jus nostrum hunc usumfructum legitimum ignorat, isque potius ex consuetudine est, ceu recte observat B. Stryckius in *Usu Digest. h. t.* (II.) *A judice* aliquando ususfructus constituitur in tribus judiciis divisoriis, communi dividundo, familiæ erciscundæ et finium regundorum, si aliter separari non possint, qui in communione sunt. Sic e. g. si Titio seni et Mævio puero legata sit bibliotheca, potest judex illi usumfructum, huic proprietatem bibliothecæ adjudicare, quod tamen rarius fieri debet. (III.) *A domino.* Hic autem usumfructum alteri constituit vel per ultimam voluntatem, nempe per legatum, vel per pacta seu stipulationes. Si prius, nulla traditione opus est, sed usufructuarius jus in re ex ipso testamento consequitur, simulac testator obiit (§. 339.**) Posteriore casu pacta aut stipulationes tantum tribuunt jus ad rem seu actionem personalem adversus promittentem, ut usumfructum promissum præstet, non autem jus in re, sed illud demum nascitur ex subsequente quasi traditione, *l. 11, ff. de*

serv. præd. rust. Porro concessio inter vivos fit aut voluntate domini expressa, nempe per promissionem vel stipulationem, uti dictum : vel voluntate tacita, si quis præsens per 10 annos, vel absens per 20 annos alterum passus est re sua uti-frui, neque umquam contradixit. Tunc enim usumfructum alter adquirit præscriptione longi temporis, *l. ult. fin. Cod. de long. temp. præscr.*

Ususfructus vel à *lege* vel à *domino* constituitur. *Cod. Nap. art.* 579.

§. CCCCXXII—CCCCXXIV.

Altera quæstio, quam reliquam esse diximus, est, quomodo ususfructus semel constitutus finiatur? Modi fere omnes, quibus ususfructus desinit, fluunt ex ipsa ejus definitione et natura. Nam 1°. cessat ususfructus morte usufructuarii naturali, quia est servitus personalis, §. 392. Servitutes personales personæ debentur, adeoque cum persona exspirant. Quæritur, si reipublicæ relictus sit ususfructus, quando exspiret? Respublica est persona moralis, et non mori intelligitur, quamdiu cives sunt, quamvis non iidem supersint cives. Sed quia in usufructu id agitur, ne proprietas domino plane sit inutilis, inutilis autem futura esset proprietas, nisi aliquando ad proprietarium rediret ususfructus : hinc leges nostræ usumfructum civitati vel reipublicæ relictum centum annis finiri volunt, quippe quod est longissimum vitæ humanæ spatium, *l. 56, ff. de usufr.* Cessat ususfructus 2°. morte civili, i. e. capitis deminutione maxima et media, qua omnia jura Quiritum tolli solebant, §. *3, Inst. de usufr.* Minima hodie non perimit usumfructum, quia id jus antiquum sustulit Justinianus *l. pen. C. h. t.* Et sane cur arrogatione perimeretur ususfructus, quum in ea opus non amplius sit imaginaria venditione. Id autem quæritur, an et civitas vel respublica, cui ususfructus relictus sit, capite possit minui? Et respondemus, analogam capitis deminutionem esse inductionem aratri, qualem capta Carthagine visam fuisse observat Jurisconsultus *l. 21, ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Sed alii auctores id ignorant. Solus Zonaras, *Annal. tom. 2*, refert, cautum esse Senatus-consulto ἐπάρατον εἶναι τὸ ἐπ' αὐτὴν κατοι-

χῆραι τινα, ut esset exsecrabile, ibi in posterum quemquam habitare. Cessat usufructus, 3°. *consolidatione*, si usufructus cum proprietate coalescit. Jam enim proprium nemini servire posse plus simplici vice monuimus. Cessat 4°. *interitu rei.* Utendum enim fruendum salva rei substantia. Ergo ea exstincta et ususfructus exstinguitur, quod adeo verum est, ut, si cui ususfructus ædium constitutus est, ædibus flamma absumtis ne in area quidem ususfructus perseveret, *l. 36, pr. ff. de usufr.* Attamen si ædes restituantur in eamdem formam, nullum est dubium, quin et ususfructus reviviscat, *l. 10, §. 1 et seqq. l. 23 et 26, ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Finitur porro ususfructus 5°. non-usu 10 annorum inter præsentes et 20 inter absentes. Non-usu enim tam longi temporis omnia jura exspirant: non autem abusus, i. e. si male utatur usufructuarius, sufficit ad perimendum usumfructum, *l. 13, §. 2, ff. de usufr.* Satis enim prospectum est proprietario per cautionem, ex qua actionem ex stipulatu instituere potest adversus fidejussores, si quid damni sibi per abusum datum sit ab usufructuario, *l. 1, §. 5 et 6, ff. usufr. quemad. cav.* Opponunt nonnulli *§. 3, Inst. h. t.* non utendo per modum et tempus usufructum finiri. Sed per modum hic intelligi continuam possessionem, ostendi *in Additam. ad Vinn. d. l. p. 229.* Finitur 6°. soluto jure constituentis. Hujus enim successor singularis factum antecessoris non præstat, secus ac in successoribus universalibus seu heredibus, qui in omnes obligationes defuncti succedunt. Hinc e. g. si cui episcopus Monasteriensis in prædio dioeceseos suæ usumfructum constitueret, mortuo episcopo successor illum usumfructum præstare non cogeretur. Successor enim in episcopatu non est antecessoris heres, sed successor singularis. Et hinc regula illa juris utilissima, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.* Finitur denique 7°. ususfructus lapsu temporis pacto definiti. Si quis enim promisisset alteri usumfructum per triennium, et eo elapso usufructuarius uti frui pergeret, obstaret ipsi exceptio pacti, quod legem contractui dare solet, *l. 5, Cod. de usufr.*

Iisdem modis finitur ususfructus qui traduntur sub his §§. vide *Cod. Nap. art. 609-616.*

TITULUS V.

De usu et habitatione.

§. CCCCXXV et CCCCXXVIII.

Diximus omnia, quæ de usufructu scire oportet tironem. Cum vero præter usumfructum et aliæ supersint servitutes personales, puta, usus, habitatio et operæ servorum, de his quoque agendum. Inter *usumfructum* et *usum* quid intersit, ex ipsis vocabulis supra (§. 413) explicatis adparet. Usufructuarius non modo utitur ad necessitatem, sed et fruitur ad utilitatem et voluptatem: usuarius tantum utitur, non fruitur. Adeoque clara est definitio *usum esse jus rebus alienis tantum ad necessitatem utendi salva earum substantia*, §. *1*, *Inst. h. t.* Clara etiam axiomata: 1°. minus est in usu quam in usufructu. In usufructu enim est, quidquid ordinarie ex re provenit, sive ad necessitatem, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem pertineat, §. 417, usuarius autem tantum, quantum ipsi necesarium est, accipit; adeoque 2°. usus sola necessitate quotidiana finitur, *l. 2, pr. ff. h. t.* Exemplis rem illustrabimus quatuor. Nam (*a*) qui habet usum fundi, tantum olerum, pomorum, florum, fœni, stramentorum inde petere potest, quantum ejus conditio requirit, §. *1*, *Inst. h. t.* (*b*) Si quis habeat usum ædium, illas potest inhabitare, sed non totas, verum tot cubicula, quot pro conditione sua opus habet. Quin adeo necessitate circumscribitur usus hic ædium, ut eas nec cuiquam locare, et vix hospitem recipere possit; at potest tamen, §. *2*, *Inst. h. t.* (*c*) Qui habet usum pecorum, tantum de lacte, lana, stercore accipit, quantum modus et conditionis et familiæ requirit, §. *37*, *Inst. de rei vind.* Denique (*d*) quum usus usuarii necessitate circumscribatur, facile patet, illum jus suum nec locare nec gratis in alterum conferre posse, §. *1*, *Inst. h. t.* Sane enim si alteri illud collocaret et concederet, ipsi re non esset opus, cessante enim necessitate et usus cessat.

§. CCCCXXIX—CCCCXXXII.

Tertia servitus personalis est *habitatio*, quæ est jus alienas ædes inhabitandi salva earum substantia. Plerique hic hærent, qualis sit hæc servitus, et repetunt quidem, quæ in jure nostro dicuntur: habitandi jus usu ædium esse pinguius; usufructu autem, deterius. Quæ autem genuina sit servitutum harum omnium differentia, non ostendunt; unde explicandum modo vocabulum *habitare*. Habitare in hoc titulo est iis ædium partibus uti-frui, quæ habitationi destinatæ sunt. Ex hac ergo definitione patet, 1°. pinguius esse hoc jus usu ædium. Usuarius autem tot cubicula accipit, quot ipsi opus est; habitator omnibus utitur, fruitur, adeo ut ea etiam aliis locare vel gratis concedere possit, *l. 13, C. de usufr.* quod non posse usuarium paullo ante monuimus. 2°. Ex eadem definitione patet, deterius hoc jus esse usufructu ædium. Usufructuarius enim fructus ex universis ædibus percipit, adeoque etiam ex tabernis, cellis, hortis: contra habitator tantum habet cubicula habitationi destinata, non hortos, tabernas, cellas, etc. Superest aliud discrimen. Habitatio non perimitur capitis deminutione neque maxima neque media. Rationem addit Modestinus, quia habitatio magis in facto quam in jure consistit, *l. 10, ff. de cap. dem.* Quid vero hoc sibi vult? Nisi fallor, nihil aliud, quam usumfructum et usum esse jura Quiritium, eaque exstingui, simulac quis inter cives et Quirites esse desinat: habitationem autem magis in facto consistere, quia et peregrini Romæ habitare possint, et hinc etiam nihil opus esse, ut habitatio capitis deminutione exspiret.

Omnia quæ sub paragraphis præcedentibus docet Heineccius, eadem observat Codex noster art. 625-636. Hoc solo excepto, quod jure nostro *usus habitationis* et *habitatio* non differunt, sed eodem planè loco habentur, quo simplex cujusvis rei usus.

§. CCCCXXXIII et CCCCXXXIV.

Ultima servitus personalis sunt *operæ servorum*, quæ sunt jus omnem utilitatem ex operis servi alieni perci-

piendi. Hæc quoque servitus et usufructu deterior, et usu servi pinguior est. Nam 1°. est usufructu deterior, quia, qui usumfructum servi habet, is potest non modo ex operis servi lucrari, sed et omnia alia per servum adquirit. Et hinc, si e. g. servus iste fructuarius heres institutus est, hereditatem usufructuario adquirit. Contra, cui servitus operarum constituta, is tantum ex operis servi adquirit, §. 4, *Inst. per quas pers. cuique adqu.* Est tamen 2°. eadem servitus usu servi pinguior. Usuarius enim non ex omnibus operis servi lucratur, sed tantum eas operas servo indicere potest, quibus ipsi necessario opus est. Unde et operas servi locare alteri nequit, *l. 2, ff. de usu leg.* quod potest omnino, cui servitus operarum constituta est.

§. CCCCXXXV.

An harum servitutum adeo magnus sit usus, judicare in proclivi est. 1°. Cessant hodie operæ servorum cessante servitute tali, qualem initio libri I. apud Romanos invenimus. 2°. Nobis fere desunt vocabula usu hominum recepta, quibus usumfructum et usum distinguamus. In Belgio notum tantum vocabulum *tot lytstonde*, quod usumfructum notat; aliud, quod usum exprimat, Belgas ignorare, et inde rarissima esse testamenta, ex quibus usum tantum relictum esse patet, observat *b.* Huberus, *Præl. ad Inst.* §. *6*, *h. t.* In Germania usumfructum vocari observamus *den Niessbrauch*, *die Nuzniessung*. Sed hæc vocabula tantum Jurisconsultis, non autem vulgo nota sunt, et hinc ibi etiam raro usum relinqui videas. Itaque fatentibus omnibus rariora hodie sunt et usus et habitationis exempla.

TITULUS

TITULUS VI.

De Usucapionibus.

§. CCCCXXXV, CCCCXXXVI et CCCCXXXVII.

A RERUM divisione redimus ad modos adquirendi, quos supra vel *juris naturæ et gentium*, vel *juris civilis* esse diximus. *Modi juris naturæ et gentium* erant tres, *occupatio, accessio* et *traditio,* de quibus tit. I hujus libri actum. Sequuntur *civiles*, qui non ex sola ratione et jure naturali, sed ex legibus civilibus fluunt. Hi civiles adquirendi modi dividuntur in *universales*, quibus universum alicujus jus in nos transfertur, adeo ut ejusmodi successor universalis et in omnia jura antecessoris transeat, et ejusdem obligationes in se suscipere teneatur: et *singulares*, quibus non universum alterius jus in nos derivatur, sed tantum rei cujusdam singularis dominium adquiritur. Universales sunt sex: 1°. *hereditatis adquisitio.* Nam heres in omnia jura omnesque obligationes defuncti transit, adeoque et æs alienum defuncti solvere et contractus ejusdem adimplere tenetur. 2°. *Bonorum possessio.* Quia enim hæc nihil aliud erat, quam hereditas a prætore data: hinc ea in re hereditatis adquisitionem imitatur, quod bonorum possessor loco heredis sit, *pr. Inst. de bon. possess.* et hinc in omne jus defuncti succedat. 3°. *Adquisitio per arrogationem.* Pater enim hominem sui juris arrogans et bona et omnia jura filii adquirit, iis exceptis, quæ capitis deminutione tolluntur. 4°. *Addictio bonorum libertatum servandarum caussa.* Si hereditas jacens addicitur servo testamento manumisso, ea lege, ut omne æs alienum solvat, is quoque servus manumissus fit loco heredis adeoque successor universalis. 5°. *Sectio bonorum,* quæ fit, si quando aliquis ex lege hereditatem omnem sub hasta emit, ut creditoribus e pecunia satisfaciat. 6°. *Ex senatus-consulto Claudiano,* quo cautum fuerat, ut, si mulier ingenua alterius servum

amaret, nec monita ab indecoro isto amore desisteret, ea in domini servi servitutem redigeretur, et tunc dominus fieret ejus mulieris successor universalis. Sed hi modi adquirendi universales præter hereditatis adquisitionem fere ab usu recesserunt. Magis noti hodie sunt modi adquirendi *singulares*, nempe 1°. *usucapio*, de qua hoc Tit. 2°. *donatio*, de qua Tit. seqq. 3°. *legatum*, et 4°. *fideicommissum singulare*; de quibus infra suis locis agetur.

§. CCCCXXXVIII.

Cum ergo titulus noster inscribatur *de usucapionibus et longi temporis præscriptionibus*, videbimus 1°. quid veteribus fuerit *usucapio*, quid *præscriptio?* 2°. quomodo Justinianus aliquam præscriptionem cum usucapione in unam massam conflaverit, alias autem ab eadem distinxerit. Usucapio olim a præscriptione maxime differebat. 1°. Illa enim tribuebat dominium, adeoque erat modus adquirendi: hæc autem tantum exceptionem dabat, quia alterius jus excluderetur. 2°. Illa locum habebat in solis rebus corporalibus, in quibus quippe solis dominium habere possumus, §. 336; præscriptio autem etiam ad res incorporales et jura pertinebat. 3°. Usucapioni erat locus in rebus Italici soli, quæ solæ erant mancipi (§. 330.*): præscriptioni etiam in rebus provincialibus. 4°. Usucapione res mobiles anno, immobiles biennio adquirebantur; præscriptio autem longi temporis 10 annis inter præsentes, 20 inter absentes finiebatur; longissimi temporis præscriptio modo 30, modo 40, modo centum annorum spatium, modo tempus immemoriale exigebat. Unde præscriptio inventa videtur sub imperatoribus, usucapionis supplendæ caussa, ut, quæ usucapi non possent, saltim præscriberentur. §. 2, *Inst. h. t.* Ita se res habuerat ante Justinianum. Sed hic imperator primus usucapionem et longi temporis præscriptionem in unam massam conflavit in *l. un. Cod. de usucap. transfer.* Et hinc hodie inter usucapionem et longi temporis præscriptionem nihil amplius discriminis est, quam quod res incorporales usucapi dicantur. Agemus itaque 1°. de usucapione, et quæ hodie cum illa pari passu ambulat,

longi temporis præscriptione, a §. 438-447; 2°. de longissimi temporis præscriptione 30 annorum, §. 448-450; 3°. de longissimi temporis præscriptione 40 annorum, §. 451; 4°. de longissimi temporis præscriptione 100 annorum, §. 452; 5°. de præscriptione immemoriali, §. 453. *Usucapio* in *l. 2, ff. de usurp. et usucap.* definitur, quod sit *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Sed ibi tamen pro *adjectio* legendum videtur *adeptio.* Ita enim hanc definitionem recensuit *Ulpian. in fragm. tit. XIX, §. 8,* et Isidorus Hispalensis *in origin. l. 5, §. 25.* Utcumque legas, sensus idem est, per usucapionem et longi temporis præscriptionem eum, qui dominus non est, dominium demum adquirere, si rem tempore longo possederit et verus dominus eam interea non vindicarit. E. g. fingam, me agrum a Titio emere, et existimare, Titium esse agri dominum. Fingam, Titium dominum esse, sic sane et dominium, quod ipse non habet, in me transferre non potuit. Nihilominus si præsente vero domino agrum per decennium, vel eo absente per vicennium, possedi quiete, agrum usucepi, et per possessionem factus sum dominus.

Inter acquirendi dominii modos, est præscriptio. *Cod. Nap. art. 711.*

§. CCCCXXXIX.

Sed quæritur, quo jure id fieri possit? Sunt sane auctores, qui negant usucapionem justam et æquam esse. Nam qui semel est dominus, eum merito semper dominum manere aiunt, §. 333, 1, nec a furti crimine immunem esse, qui rei alienæ dominium sibi ex eo solo vindicet, quia tam diu quiete possederit. Ita ex theologis ratiocinatur Amesius *de consc. l. 5, cap. 41,* qui frequenter solet jurisprudentiam a se non intellectam iniquam reprehendere; ut eo libello vel maxime commotus sit celeberrimus olim Jurisconsultus Ulric. Huberus, ut conscriberet *eunomiam juris*, librum egregium, quo juris Romani æquitatem adversus varios adversarios defendit, quamvis egregium opus, cui immortuus est laudatissimus auctor, ad colophonem non pervenerit. Sed salva res est.

Usucapionis æquitas in ratione recta et sacris litteris reperit præsidium. In his præscriptione se ac gentem Hebræam tuetur Jephtha adversus Ammonitas, *Jud. XI, 26, quum jam 200 annos habitaverit Israel in Hesbon et villis ejus.* Deinde recta ratio docet, ea, quæ nullius sunt, cedere occupanti, §. 344. Jam vero non modo illa nullius esse videntur, quæ natura non sunt in dominio, sed et quæ, quum in dominio essent, pro derelictis sunt habitæ, §. *46, 47, Inst. de rer. divis.* Quis autem videtur magis rem pro derelicta habere, quam qui in eam intra tot annos non inquisivit, neque eam vindicavit a possessore. Hinc merito excluditur a dominio in pœnam negligentiæ, et quia merito res pro derelictis habitæ occupanti cedunt, §. 342. Accedit et alia ratio. Interest reipublicæ, dominia non incerta nec lites de rebus immortales esse. Eleganter vero *Cic. in orat. pro Cæcinna, cap. 26,* usucapionem vocat *finem sollicitudinis et periculi litium.* Ea enim efficitur, ut dominia rerum certa sint, nec sempiternis litibus ab aliis vexemur.

De præscriptione diversè judicaverunt autores. Jure Romano, bono publico introducta est, ne semper incerta dominia essent, *l. 1, ff. de usuc.*, et ut aliquis *litium finis* esset. *l. 5, ff. pro suo.* Cicero, *pro Cæcinnâ cap. 26*, usucapiones appellat *finem sollicitudinis et periculi litium.* Immò, et alii *humani generis patronam* eam appellant; aliique, *suffragium temporis.* Aliter verò censuerunt casuistæ vocantes præscriptionem *iniquorum hominum præsidium;* quibus assentit Argentræus, dicens præscriptionem esse *magnum scelus auctoritate publicâ patratum.* Sed nihilominùs placuit nostris legislatoribus præscriptio, quâ pœna iis imponitur, qui desidiâ atque negligentiâ circà res suas, publico nocent, dominiorum incertitudinem, litium multitudinem et perpetuitatem, ac metuendam indè confusionem in rempublicam inducendo.

§. CCCCXL et CCCCXLI.

Ceterum cum usucapio sit modus adquirendi civilis, facile patet, eam nec in omnibus rebus procedere, nec ad omnes personas pertinere. I. Non pertinet ad omnes res, quia non possumus omnium rerum dominium ad-

quirere. Nam adquiri non possunt (*a*) res commercio hominum exemptæ, veluti sacræ, sanctæ, religiosæ, communes, publicæ, universitatis; ergo nec possunt usucapi. *l. 9, ff. h. t.* Hinc et hodie videmus, bona fiscalia et domaniana principum vindicari quantocumque elapso tempore, quia non sunt in commercio. (*b*) *Res vitiosæ.* Tales vocantur furto vel vi ablatæ. Nam vitium cum re ambulat ad omnem possessorem, nec prius purgatur, quam res ad verum dominum redierit, §. *2, 5, Inst. h. t.* Hinc nec usucapi nec longo tempore præscribi possunt propter inhærens istud vitium. Possunt tamen longissimi temporis præscriptione adquiri, non quidem a fure, sed a tertio b. f. possessore, ad quem res pervenit, *l. 8,* §. *1, Cod. de præscript. 30 vel 40 annor.* (*c*) *Res alienari prohibitæ*, quales sunt res ecclesiasticæ, §. 321, nisi certæ observentur requisita, item pupillorum, minorum, fideicommisso oneratæ. Unde et has occupari non posse, facile patet. (*d*) *Res incorporales.* Hæ enim proprie non sunt in dominio, sed in bonis, §. 388. Hinc et non dicuntur usucapi, sed præscribi longo tempore, *l. 14, pr. ff. de servit.* quamvis, si verum fateri velimus, hodie res eodem redeat, ob ea, quæ diximus ad §. 438. II. Nec personæ omnes poterant usucapere, quia usucapio erat jus Quiritium, i. e. civibus Romanis proprium. Hinc in XII Tabb. cautum erat: *adversus hostes* (ita antiqui vocabant peregrinos) *æterna auctoritas esto*, i. e. quantocumque tempore rem nostram possederit peregrinus, eam tamen semper vindicare fas esto, non obstante qualicumque usucapione vel præscriptione longi temporis. Id enim beneficium juris solis civibus Romanis datum erat. Sed postquam per *l. 17, ff. de stat. hom.* jus civitatis cum omnibus ingenuis in orbe Romano viventibus est communicatum, hujus discriminis non magna cœpit esse utilitas. Et hodie unusquisque usucapere potest, sive sit peregrinus, sive civis, nisi per statuta peregrini a possessione rerum immobilium excludantur. Inde etiam hodie cessant illæ differentiæ inter res Italici soli et provinciales. Quamvis enim illas solas usucapi, has tantum præscribi potuisse, supra §. 457 observatum sit, tamen istud quoque mutatum est, ex quo Justinianus usucapionem et præscriptio-

nem in unam veluti massam conflavit, *l. un. Cod. de usucap. transfer.*

Res commercio exemptæ.] Ita *Cod. Nap. art.* 2226.

Res vitiosæ.] Immò, res furtiva, si mobilis sit, præscribi potest. *Cod. Nap. art.* 2279.

Res alienari prohibitæ.] Putà fundus dotalis, *art.* 1561 *et* 2255, res pupilli vel furiosi, *art.* 2252, ubi exceptio tamen notatur.

Res incorporales.] Puta servitus, *art.* 690 *et* 706, actiones omnes, tam reales quam personales. *art.* 2262.

§. CCCCXLII.

Vidimus jam, quid sit usucapio vel longi temporis præscriptio: proximum est, ut ejus requisita expendamus, quorum quinque recensentur. 1°. Primum est *bona fides*, per quam hic intelligimus conscientiam vel opinionem, qua se quis vere credit dominum, *l.* 109, *ff. de V. S.* Hinc si quis e. g. emat librum, quem scit, non venditoris, sed alterius cujusdam esse, non potest librum usucapione adquirere, quia ipsi obstat mala fides. Et quidem jus nostrum civile non requirit bonam fidem nisi ab initio, i. e. ut tempore contractus vel adquisitionis aliquis se credat dominum. Superveniens mala fides non nocet, *l.* 48, §. 1, *ff. de A. R. D.* Hinc si e. g. ante biennium emi librum eoque tempore credidi, venditorem vere dominum libri esse, jam autem audio, illum non fuisse dominum, nihilominus usucapio procedit. Sed id emendatum est jure Canonico, *C. ult. X, de præscript.* quod bonam fidem continuam et perpetuam ab initio usque ad finem requirit. Et quamvis ibi pontifex utatur falsa ratione, et abutatur sententia Paullina, *quicquid non ex fide est, peccatum est*, quasi vero ibi Paullus de bona fide juridica loquatur; nihilominus tamen in foro hoc capitulum tantum non ubique receptum est.

Jure Gallico, tempus adquisitionis, id est, contractûs, inspiciendum est. Sufficit enim bonam fidem ab initio adesse, nec mala fides, ante impletam usucapionem superveniens, eamdem interrumpit. *Cod. Nap. art.* 2269. In quo à fructuum acqui-

sitione ipsarum rerum usucapio diversa est. *art. 550.* Vide suprà *not. ad* §. *376*, etc.

§. CCCCXLIII.

Alterum requisitum est *justus titulus*, i. e. talis caussa, quæ sit habilis ad tranferendum dominium, et quales descripsimus supra §. 339. Ubi ergo titulus quidem justus est, sed ad transferendum dominium inhabilis, absurde ageret, qui crederet, se posse rem ita possessam usucapere. Sic e. g. si conduxi ædes, easque per decennium inter præsentes, vel per vicennium inter absentes possedi, non ideo fio dominus ædium, quia locatio conductio non est titulus ad transferendum dominium habilis, quamvis in se sit justissimus. Ex quo sequitur, (*a*) ut non sufficiat error justi tituli, e. g. si existimo me librum emisse, quem non emi, usucapere non possum, *l. 27, ff. h. t.* (*b*) Ut non sufficiat contractus simulatus. E. g. inter maritum et uxorem nulla valet donatio, *l. 1, ff. de don. inter vir. et uxor.* Si ergo maritus simulat, se non dare uxori, sed vendere, et pro prædio ab ea accipit 10 aureos, an uxor poterit usucapere? Negatur: quia emtio venditio est quidem justus titulus, sed hic non vera est, sed simulata emtio et in fraudem legis inita, quæ ad usucapionem non sufficit. *l. 1, C. plus val. quod agitur.* (*c*) Ut non sufficiat titulus revocabilis. Donat mihi aliquis mortis caussa poculum argenteum, idque mihi statim tradit. Vivit adhuc donator per quinquennium et moriens hoc ipsum poculum legat Titio. Quæritur, an ego dicere possim, me hoc poculum bona fide et justo titulo ultra triennium possedisse, adeoque illud usucepisse? Negatur in *l. 13, pr. ff. de mort. caussa don.* Et recte. Donatio enim mortis caussa semper potest revocari, adeoque usucapione nullo modo adquiritur, quod mortis caussa donatum, quamdiu adhuc vivit donator. *l. 30, ff. eod.*

Justus titulus exigitur in præscriptione 10 vel 20 annorum, *Cod. Nap. art. 2265;* non verò in præscriptione triginta annorum. *art. 2262.*

§. CCCCXLIV et CCCCXLV.

Sequitur tertium requisitum usucapionis, *ut res non sit usucapionis incapax. l. 2, ff. h. t.* Quæ autem res sint incapaces usucapionis, jam diximus §. 440. Postquam autem Justinianus usucapionem et præscriptionem longi temporis in unum conflavit, res mobiles hodie usucapiuntur triennio sine discrimine, an verus dominus sit præsens, an absens: contra, res immobiles decennio inter præsentes, vicennio inter absentes usucapiuntur, *l. un. C. de usucap. transfer.* Hinc IV requisitum est *tempus lege definitum*, vel uti eleganter *l. 24, ff. de donat. inter vir. et uxor.* vocatur suffragium temporis. In eo tamen benigniores sunt leges, quod dies ultimus cœptus pro adimpleto habeatur, *l. 6, ff. h. t.* quod secus se habet in præscriptione actionum, *l. 6, ff. de obligat. et action.* Quid vero, si verus dominus pro parte præsens, pro parte absens fuerit? Tunc anni absentiæ duplicantur. E. g. emi Titii fundum bona fide, sed non a domino; præsens fuit Titius a tempore emtionis biennium, reliquo tempore abfuit, quæritur, quot annis mihi opus sit ad usucapionem. Resp. 18. Nam anni præsentiæ sunt. . 2
anni, qui deerant ad usucapionem decennii sunt . . . 8
duplicantur. . . . 8
18

Explicatur hoc in *Nov. CXIX, c. 8,* sed paullo aliter, quamvis res eodem redeat. Nimirum in Novella illa dicitur, annos absentiæ esse dividendos per 2; eumque numerum addendum annis præsentiæ. Jam si tunc decem anni emergant, usucapionem esse impletam. Sin pauciores quam 10 anni emergant, tot annos duplicatos debere addi, ut decem adimpleantur. Emi fundum Titii ante 16 annos, duobus annis prioribus præsens fuit, reliquis 14 annis absens: quæritur, an usucapionem adimpleverim?

Videbimus: anni præsentiæ. 2
anni absentiæ 14 divisi per 2 7
9

Cum ergo duo et septem nondum faciant decem, addendus est annus duplicatus, i. e. 2. Hinc patet, me adhuc per biennium possidere debere, quo usucapio impleta sit. Ceterum qui præsentes quive absentes dicantur, explicatur in *l. ult. C. de præscript. long. temp.* Nempe qui in eadem provincia habent domicilium, dicuntur esse præsentes: qui in diversis provinciis, absentes. Sed id intelligendum esse de provinciis specialibus et angustioribus, recte monet Brunnemann. ad d. *l. ult. C. de præscr. long. temp.* et Struv. *Exerc. XLIII*, §. *17*. Nam sane si quis in Austria dicere vellet, Holsatum præsentem fuisse, quia fuerit in Germania, absurde procul dubio ageret. Austria enim et Holsatia diversæ provinciæ speciales et inter se dissitissimæ.

Mobiles usucapiuntur triennio.] Ita *Cod. Nap. art.* 2279.
Immobilia decennio, etc.] Ita *art.* 2265.
Dies cœptus pro adimpleto habetur.] Ita *Cod. Nap. art.* 2260.
Pro parte præsens.] Eadem solutio est *in art.* 2266.

§. CCCCXLVI et CCCCXLVII.

V. Ultimum requisitum est *continua possessio*. Possessio autem hic non accipitur in sensu naturali et grammatico pro nuda detentione, sed in sensu civili et juridico, ut requiratur et corporalis detentio et animus sibi habendi, *l. 25, ff. de usucap.* Qui ergo hoc modo per justum et lege definitum tempus rem continua et non interrupta possessione detinuit, is potest usucapiendo adquirere dominium. Ex eo sequitur, ut interrupta possessio non prosit. Interruptio autem possessionis vocatur *usurpatio*; unde hic denuo habemus vocabulum, quod longe aliter in jure quam ab aliis auctoribus usurpatur. Vid. *l. 2, ff. de usurp. et usucap.* Est autem usurpatio vel interruptio possessionis duplex, vel *naturalis*, vel *civilis*. *Naturalis* fit per dejectionem, e. g. si verus dominus possessorem a possessione prædii sui expulerit, *l. 5, ff. eod.* *Civilis* fit per actum judicialem, si verus dominus actionem adversus possessorem rei suæ instituerit et citationem impetraverit, *l. pen. et ult. C. de ann. except.* Simul ac vero factum est alterutrum, statim

interrupta censetur possessio, nec prodest tempus ante lapsum, adeo ut, si quis jam per novem annos rem possederit, decimo autem anno possessio hoc modo interrumpatur, anni lapsi non prosint, nisi forte casu posteriore sequatur sententia absolutoria. Nam tunc usurpatio vel interruptio possessionis non nocet, *l. 1, l. 9, C. de præscr. long. temp.* Præcipua est quæstio, an et successori prosint anni antecessoris? e. g. pater meus rem possedit 6 annis, ego 4 annis, an usucepi? Resp. Regula est : *Successor continuat possessionem auctoris vel antecessoris sui, sive sit successor universalis*, e. g. heres, *sive singularis*, e. g. emtor. Sed inter universalem et singularem successorem hæc tamen differentia est. 1°. Universalis successor continuat usucapionem a defuncto cœptam, modo defunctus in b. f. fuerit, *§. 7, Inst. h. t.* Mala fides defuncti heredi semper nocet, etiamsi ipse in b. f. sit, quia tamquam successor universalis transit in omnia jura defuncti adeoque etiam in ejus vitia, *l. un. ff. de divers. temp. præscr.* Et hinc ne a sua quidem persona potest inchoare usucapionem, quia semper ei obstat defuncti mala fides, *l. 11, C. de adqu. possess.* 2°. Contra, successor singularis, veluti emtor, legatarius, donatarius continuat usucapionem ab auctore cœptam, si et ipse et auctor fuerint in bona fide, *l. 13, §. ult. ff. de adqu. possess.* Hinc e. g. si a Titio, qui ante 8 annos prædium bona fide adquisiverat, ego illud mala fide emerem, non mihi prodesset Titii possessio, quia ego in mala fide sum. Contra si Titius in mala fide fuerit, et ego sim in bona fide, possum usucapere, modo tempus a me ipso inchoare velim, *l. 5, ff. de divers. temp. præscr.* Singularis enim successor non transit in vitia antècessoris, adeoque omissa hujus possessione ipse a se potest usucapionis tempora auspicari.

Interruptio duplex.] Suffragatur *Cod. Nap. art. 2242.*
Naturalis.] *Art. 2243.*
Civilis.] *Art. 2244.*
Hæc differentia est.] Hanc differentiam excludere quidem videtur *art. 2235*; at nihilominùs eam distinctionem esse servandam puto. Principiis enim juris nostri omninò consentaneum est, ut hæres qui personæ defuncti vicem sustinet, in ejus etiam

vitia succedat ; quod æquè dici non potest in successore particulari, putà, in emptore qui rei tantùm succedit.

§. CCCCXLVIII—CCCCL.

Absolvimus primam tituli partem de usucapione et longi temporis præscriptione : transimus ad secundam *de longissimi temporis præscriptione*, et primo quidem *30 annorum*. Longissimi temporis præscriptiones sunt veluti reliquarum supplementum. Nam quæ usucapi vel longo tempore præscribi nequeunt, ea saltim longissimo tempore præscribuntur, et quidem vel 30, vel 40, vel 100 annorum, vel tempore immemoriali. De 30 annorum præscriptione notandum axioma : *Quæcumque ab antecessore vel ob malam fidem, vel ob injustum titulum reique vitium usucapi non potuerunt, ea præscribuntur a successore 30 annis*. Axioma in se planum est et perspicuum ; unde id tantum superest, ut illud exemplis illustremus, quæ simul sunt conclusiones ex hoc axiomate derivatæ. 1°. Supra diximus, res vitiosas, i. e. furtivas et vi possessas non posse usucapi neque a fure vel raptore, cui justus titulus deest, neque a tertio possessore, quia vitium cum re ambulat, donec res ad suum dominum redierit, §. 444. Quamvis vero in his omnibus non procedat usucapio, vel longi temporis præscriptio : tamen præscribuntur 30 annis a tertio possessore, *l. 8*, §. *1*, *C. de præscr. 30 vel 40 ann.* 2°. Deinde res pupillares et minorum usucapi non posse, observavimus ad §. 440 et hæ tamen præscribuntur 30 annis, *l. 3*, *C. quibus long. temp. præscr. non obstat.* 3°. Eadem est ratio peculii adventitii filiorum a patre contra leges alienati. *Nov. CXX, c. 24*. Et 4°. rerum a malæ fidei possessore alienatarum. Nam et hæ præscribuntur 30 annis, modo ipse possessor in b. f. fuerit, *Nov. 131*, *c. 6*.

Ex art. 2262, omnes actiones tam reales quam personales præscribuntur annorum 30 spatio, etiamsi præscribens nec titulum habeat quem repræsentet, nec bonam fidem.

§. CCCCLI.

Aliquando non sufficiunt 30 anni, sed 40 requiruntur: et hæc est altera species præscriptionis longissimi temporis, de qua hac tertia hujus tituli parte agitur. Hic sunt certi casus speciales observandi, in quibus 40 annorum præscriptio omnino exigitur. Tales sunt 1°. *res fiscales et patrimoniales principis.* Quia enim ad principem illæ non pertinent, sed ad rempublicam, quæ principi tantum usumfructum concessit, consequens est, ut alienari a principe nequeant, et a successore semper possint revocari. Ut tamen dominia rerum non in æternum incerta sint, lege cautum, ut res fiscales adquirantur 40-annorum præscriptione, *l. 4, C. de præscr. 30 vel 40 ann.* idque postea et ad bona patrimonialia principis prolatum, *l. fin. C. de fund. patr.* 2°. Simile privilegium accepere *ecclesiæ et civitates*, quarum res immobiles non nisi 40 annis præscribi possunt, *l. 24, C. de SS. eccles.* Semper enim boni principes rebus ecclesiasticis faverunt, ne iis dissipatis cultus divinus elanguesceret; quamvis non sit negandum, clericos eo privilegio sæpe abusos ipsam rempublicam bonis pinguissimis spoliasse. Arcanam hanc politicam clericorum vivis coloribus pinxit P. Richardus Simon, qui sub ficto nomine Hieronymi a Costa latere voluit *dans l'histoire de revenus ecclesiastiques.* 3°. Et aliquando actioni hypothecariæ 40 demum annis præscribitur. Nam aut rem oppignoratam possidet ipse debitor, aut tertius malæ fidei possessor, aut b. f. possessor. Si ipse debitor possidet, is jus hypothecæ præscriptione elidere non potest nisi exactis 40 annis. Tertio malæ fidei possessori 30 anni sufficiunt, *l. 7, §. 1, pr. ff. de præscr. 30 vel 40 ann.* Denique tertius b. f. possessor præscribit tempore ordinario 10 annorum inter præsentes et 20 inter absentes, *l. 1, 2, C. si advers. credit.*

Præscriptiones quæ sub hoc §. et seqq. enarrantur locum non habent hodie, *art. 2281.*

§. CCCCLII.

Tertia species præscriptionis longissimi temporis est præscriptio 100 annorum. Sed id privilegium uni tantum ecclesiæ Romanæ datum in *Auth. actiones*, *C.* de SS. ecclesiis. Itaque si quis prædium, quod ad Patrimonium Petri vel ditionem pontificis pertinuerat, quocumque titulo adquisiverit, non prius fit dominus quam elapsis 100 annis. Sed hujus præscriptionis apud nos, qui a fulmine Jovis istius Latialis remotiores vivimus, non est ulla utilitas.

§. CCCCLIII.

Denique ultima species præscriptionis longissimi temporis est *præscriptio immemorialis*. Hæc nullo certo tempori adstricta est, sed sufficit, modò in contrarium nulla exstet memoria, *l. 2*, §. *1*, *ff. de aqua et aqua pluv.* Hinc probari solet per testes senes, qui interrogantur, an sciant, rem per 30 et plures annos se ita habuisse? An a majoribus didicerint, rem eodem modo se habuisse? An meminerint, rem unquam secus se habuisse, etc. Si ergo testes respondent, quam longissime memoriam rerum recolere possent, semper rem ita se habuisse, ita se quoque accepisse a majoribus, nec ullum sibi notum esse exemplum in contrarium : tunc probata præscriptio immemorialis. Vulgo dicunt, immemoriali præscriptione adquiri 1°. regalia, v. c. jus venandi, monetæ cudendæ, jurisdictionis; 2°. immunitatum ab oneribus realibus; 3°. Domanialia. Sed de ultimis id manifesto falsum, et contrarium habetur in *cap. 33*, *X. de jurejur.* quum tamen hoc capitulum vulgo pro sententia sua allegare soleant doctores.

TITULUS VII.

De Donationibus.

§. CCCCLIV.

Inter modos adquirendi civiles a Justiniano etiam refertur *donatio, pr. Inst. h. t.* quod sane plures mirantur, quam intelligunt. *Donatio* enim est pactum: per pactum dominium non adquirimus, sed per subsequentem traditionem. Ergo donatio non est modus adquirendi, sed titulus, per ea, quæ diximus §. 339. Hinc plerique non possunt aliter excusare Justinianum, quam quod intellexisse videatur, donationem propter nuptias et mortis caussa, quæ vere sint modus adquirendi, quamvis traditio non accesserit. Sed res ita se habet. Justinianus in Institutionibus ordinem Caii sequitur, §. *5*, *procem. Inst.* Tempore Caii donatio vere erat modus adquirendi, quia non valebat, nisi statim accederet traditio. Recentioribus demum legibus invaluit, et maxime per *l. 35*, *C. de donat.* ut et donatio sine traditione valeret, et ex hoc pacto contra principia juris Romani nasceretur actio. Et ex eo tempore donatio non amplius fuit modus adquirendi, sed nudus titulus. Debuisset ergo Justinianus ordinem Caii mutare, sed id non fecit, adeoque vere errorem admisit, quidquid alii pro eo dicant. Rem omnem jam exposuimus in *Addit. ad Vinn. pr. Inst. h. t.*

§. CCCCLV et CCCCLVI.

Utut se res habeat (neque enim de connexione Justinianea multum laborabimus), nostrum est, primo omnium dispicere, quid et quotuplex sit donatio? *Donatio* est liberalitas nullo jure cogente in alium collata. Dicimus, eam 1°. esse *liberalitatem*, quia consistere non potest sine re alicujus pretii. Dicimus 2°. liberalitatem *collatam in alium.* Nam quod non nostrum est aliis do-

nare non possumus. Unde ipsis barbaris Indis ludibrium debuit Papa Romanus, quando regi Hispan. donavit Indiam et Americam. Dicimus 3°. *jure nullo cogente* collatam. Nam si quis alteri dat, quod debet; is non donat, sed solvit. Ex quo etiam intelligimus, hic sermonem non esse de jure imperfecto, sed perfecto, quippe quod solum admittit coactionem. Hinc si quis alteri quid confert, quod jure imperfecto debet, e. g. ex gratitudine: manet donatio. Hæc de definitione: sequitur divisio. Omnis enim donatio aut fit *inter vivos aut mortis caussa. Inter vivos* fit, quæ sine respectu ad casum mortis celebratur: *mortis caussa*, quæ propter mortis fit suspicionem, ita ut quodammodo ipse donator rem sibi habere malit, quam alii concedere, nisi quid humani ipsi acciderit. Elegans Telemachi ita donantis exemplum ex Homer. *Odyss.* v. 77, exstat in Inst. *de donat.* Cautos vero nos esse decet, ne donationes inter vivos et mortis caussa confundamus. Julianus, teste Ulp. *l. 2, ff. de mort. causs. don.* tres species esse ait mortis caussa donationum: *unam*, quum quis nullo præsentis periculi metu conterritus sola mortalitatis cogitatione donat; *alteram*, quum quis imminente mortis periculo commotus ita dat, ut statim fiat accipientis; *tertiam*, si quis periculo commotus non sic det, ut statim fiat accipientis, sed tunc demum, si mors fuerit insequuta. Ita Julianus, cujus etiam philosophiam videmus *l. 13, §. 1, et l. 35, §. 4, ff. eod.* Sed si recte ponamus calculum, altera species non tam est donatio mortis caussa, quam inter vivos. Est quidem donatio morientis, at non mortis caussa, quippe quæ semper est irrevocabilis, *l. 42, §. 1, ff. eod.* Ergo distinguendum, itane quis donet, ut dominium statim transferatur et solam possessionem donator sibi ad mortem usque reservet; an donator morte demum insequuta dominium transferre velit, nihilque adeo præter spem in donatarium transferat? Priore casu est donatio inter vivos, sive ille a sano et incolumi, sive a moribundo fiat. Posteriore casu donatio mortis caussa est, sive immineat mortis periculum, sive non immineat. Ceterum ex his definitionibus satis patet, donationem inter vivos esse *pactum*, cui lex adsistit, puta *l. 35, C. de*

donat. donationem autem mortis caussa esse actum, qui aliquid ex natura *pacti et ultimæ voluntatis participat, adeoque inter utrumque fluctuat.*

Jure Gallico nemini licet sua bona gratuitò transferre, nisi donatione inter vivos, vel testamento. *Cod. Nap. art. 893.* Quæ alternativa donationem mortis causâ evidenter excludit. Donatio autem inter vivos *in art. 894* definitur, actus quo statim et irrevocabiliter donator rem donatam transfert in donatarium accipientem.

§. CCCCLVII.

Quæritur jam, *quis* donare possit? Responsio facilis est. Utraque donatio est liberalitas, quæ dominium in donatarium vel statim vel in futurum confert, §. 455. Dominium in alium transferre inter vivos non potest, nisi, qui et ipse dominus est, et liberam habet rerum suarum administrationem, §. *40, Inst. de rer. div. l. 21, C. mand.* Mortis caussa donatione, quia similis quodammodo est ultimæ voluntati, §. 456, non nisi is transfert dominium, qui liberam habet testamenti factionem, *l. 15, ff. de mort. causs. don.* Ex his vero duobus axiomatibus prono alveo fluit, 1°. donare inter vivos non posse pupillos, immo 2°. ne tutorem quidem, 3°. multoque minus procuratorem, nisi speciali ad id faciendum mandato instructum. 4°. Porro et mortis caussa donare non posse impuberem, quippe qui testamentum condere nequit, nec ullum alium, qui testari non potest, veluti servum, peregrinum, furiosum, mente captum, prodigum, surdum et mutum, §. 514-519. Una exceptio est in filiofamilias. Nam et hic quidem donare mortis caussa nequit, quia non habet testamenti factionem, nisi in peculio castrensi et quasi castrensi, *l. 19, ff. qui test. fac.* sed in eo tamen discrimen est, quod filiusfamilias testamentum condere non possit, si vel maxime consentiat pater, *l. 6, pr. ff. eod.* mortis caussa autem donare illi omnino licet eo consentiente, *l. 25, §. 1, ff. de mort. causs. don.* quod ideo procul dubio introductum, quod testamenti factio sit juris publici, *l. 3, ff. qui test. fac. poss.* adeoque pater circa illam sua auctoritate nihil mutare possit,

possit, contra donatio inter vivos æque ac mortis caussa juris privati.

Donare omnes possunt, qui non prohibentur. *Cod. Nap. art. 902.* Minores autem donare non possunt, *art. 903.* Nisi in casu *art. 1095.* Nec mulieres conjugatæ, nisi mariti specialiter donationi consentiant, aut pro illis judex. *art. 905.*

§. CCCCLVIII.

Æque facile expeditur quæstio altera, *cuinam* donari possit? Donatio inter vivos est pactum : pactum non initur sine unius promissione et acceptatione alterius. Ergo et donatio 1°. requirit acceptationem, quod ipse Cicero in *Top. c. 8*, recte observat. Nec hac in re differentia est inter donationem inter vivos et mortis caussa : utraque acceptanda est. Quin in eo positum est discrimen inter mortis caussa donationem et legatum vel fideicommissum, quod illa a præsente donatario acceptanda sit, hoc autem et absenti et ignoranti relinqui possit. Deinde requiritur 2°. ut donator et donatarius sint personæ diversæ. Vidimus enim, ex una parte promissionem, ex altera acceptationem adesse debere. Et quis, quæso, esset tam stultus, ut sibi ipsi donare velit? Et hinc facile redditur ratio, cur inter patrem et filium non valeat donatio, *l. 1, §. 1, ff. pro donat.* Hi enim juridice non sunt personæ diversæ, sed una persona, §. 139. b. Deinde et ratio inde patet, cur nec conjuges constante matrimonio invicem donare possint, *Tit. ff. de don. inter vir. et uxor.* uxor enim olim per confarreationem, coemtionem et usum conveniebat in manum mariti, eoque ipso redigebatur in potestatem mariti, et loco filiæfamiliæ fiebat, ceu fuse demonstravimus in *Antiqu. n. Romanis, l. 1, tit. X, §. 6*, et in *Comment. ad Leg. Jul. et Pap. lib. 11, c. XI, §. 238.* Quod si itaque fuit filiæ loco, una sane persona cum marito fuit, adeoque nec illi quicquam donari potuit. Enimvero quamvis postea illa in manum conventio in usu esse desiisset, mansit tamen effectus, prohibita nimirum inter conjuges donatio : et hinc aliæ adinventæ sunt rationes hujus prohibitionis, e. g. ne conjuges se mutui amoris obtentu invicem spo-

liarent, ne venalitia essent matrimonia, etc. *l. 1, l. 2, ff. de don. inter vir. et ux.* 3°. In donatione mortis caussa in specie requiritur, ut donatario legari possit. Quibus autem legari possit, videbimus infra §. 608.

Requirit acceptationem donatio.] *Cod. Nap. art. 932 et seqq.*

Inter patrem et filium non valet donatio.] Immò, valet, *Cod. Nap. art. 919.* Valet etiam inter conjuges facta donatio; sed revocabilis est. *art. 1096.*

§. CCCCLIX.

Tertia quæstio est, *quæ res* donari possint? Donatio est liberalitas, §. 455; liberalitas aliquid in alterum confert, quod ei utilitatem præstare possit. Utilitatem possunt præstare 1°. res, quæ sunt in commercio. Unde facile patet, donari non posse res sacras, religiosas, sanctas, etc. communes, publicas, universitatis, quippe quæ a privatis haberi nequeunt. Utilitatem etiam præstant 2°. res incorporales, veluti jura, servitutes, obligationes. Ergo et has donari posse, non ambigitur, *l. 9, pr. l. 27, seq. ff. h. t.* Utilitatem præstare possunt 3°. omnia bona præsentia et præterita; ergo et illa donari possunt, si quis tam liberalis aut potius prodigus esse velit, *l. 35, §. 4, C. h. t.* Ne tamen ejusmodi donator, inconsulte omnia sua jactans, fame pereat, proditum est, eum non posse conveniri in solidum, sed ipsi relinquendam esse tantam bonorum partem, unde victum et amictum necessarium habere possit. *l. 19, §. 1, l. 49, l. 50, ff. de judic.* Vocatur hoc *beneficium competentiæ*, de quo dicemus infra §. 1199 seq. Denique 4°. et res alienæ utilitatem præstare possunt, ergo et hæ donari queunt. Posset id iniquum alicui videri; nam quid nisi furtum est, alienam rem donare, vel de alieno ludere corio? Sed id probe observandum, hic non quæri, an ejusmodi rei alienæ donatio dominium valide transferat? id enim negatur, quia, quod donator non habet, in donatarium transferre nequit. Nec quæritur jam, an ejusmodi rei alienæ donatio præjudicet vero domino? nam et id negandum, quia nemini rerum suarum dominium auferri invito potest, nisi in pœnam. Itaque hæc donatio non

obstat vero rei domino, quo minus rem illam possit vindicare a donatario et quocumque possessore. Sed id tantum volunt jura, si quis rem alienam donavit, et donatarius illam b. f. accipit, ignorans illam alienam esse, quod tunc donatarius per usucapionem adquirere dominium possit, si verus dominus rem suam justo tempore non vindicavit, i. e. si rem mobilem a donatario per triennium, rem immobilem inter præsentes per decennium, inter absentes per vicennium possideri passus sit, quia tunc dominus vere rem suam pro derelicta habuisse censetur. §. 459.

Res alienas donari non posse, ex eo colligo, quòd nec legari, *art. 1021*, nec vendi hæ res possunt. *art. 1599*.

§. CCCCLX et CCCCLXI.

Quæ adhuc de persona donatoris et donatarii nec non de rebus, quæ donari possunt, diximus ea utrique donationi inter vivos et mortis caussa communia sunt. Sequitur, ut ostendamus, *quomodo differant.* Differunt 1°. *modo donandi.* Donatio inter vivos, quia tantummodo pactum est, non requirit quicquam aliud præter consensum, adeoque nullis sollemnitatibus opus est. At donatio mortis caussa, quia simul de natura ultimarum voluntatum participat, quinque testibus præsentibus debet fieri, *l. ult. C. §. ult. de codicill.* 2°. Differunt ratione *libertatis donandi.* Quia enim periculum est, ne, qui inter vivos donant, ad mendicitatem redigantur, si nec finem, nec modum donandi facerent, provide cautum est, ut, si quis ultra quingentos solidos, i. e. ultra 2000 flor. Carol. donare velit, eam donationem actis insinuet, et, si ea insinuatio judicialis omissa fuerit, tunc id, quod ultra 2000 Carolinos donatum, non valeat, *l. 36, §. ult. C. h. t.* At donatio mortis caussa, quum demum post mortem valeat, donatorem non reddit pauperiorem, et hinc, quantacumque sit, non indiget insinuatione, *l. ult. C. de mort. causs. donat.* 3°. Differunt *effectu.* Nam donatio inter vivos in continenti valet, et semel facta altero invito revocari non potest. Quæ enim mutuo consensu in idem placitum contrahuntur, ea non nisi mutuo

dissensu, non autem alterius patientia, rescindi possunt. At mortis caussa donatio, quia de ultimarum voluntatum natura participat, §. 456, semper est revocabilis, quia voluntas hominis ambulatoria censetur usque ad mortem, §. *1, Inst. h. t. l. 16, l. 30, ff. de mort. causs. don.* 4°. Differunt *ratione translationis dominii.* Donatio inter vivos est quidem titulus ad transferendum dominium habilis, §. 339. Sed titulus non nisi jus ad rem tribuit. Jus vero in re demum nascitur ex subsequente traditione, §. 339 **. Ita et rei donatæ dominus non prius fio, quam ubi traditio accessit, §. *40, Inst. de rer. divis.* Contra quia donatio mortis caussa similis est ultimæ voluntati, §. 456, per ultimas autem voluntates dominium ad nos transit sine traditione, simulac mors testatoris vel donatoris subsequuta est, §. 339 ***, hinc et mortis caussa donata statim nostra fiunt, simulac donator decesserit, modo donationem vivus non revocarit, *l. 16, l. 50, ff. de mort. c. don.* 5°. Differunt *ratione solutionis.* Qui ex donatione inter vivos convenitur, gaudet beneficio competentiæ, nec in solidum condemnatur, sed quantum facere potest, uti diximus ad §. 459. 3. Contra, si heres solvere jubetur donationem mortis caussa, et ipse non habet salvam quartam bonorum partem, potest detrahere *quartam falcidiam*, de qua ex instituto disseremus infra §. 645, seq. Differunt denique 6°. *actionibus.* Si enim quæramus, qua actione persequamur donationem inter vivos? jam paullo ante dictum est, eam esse pactum. Pacta jure Romano non producebant actionem, præterquam si vel legitima essent, vel prætoria, vel adjecta contractui bonæ fidei, §. 777. Tale pactum legitimum est donatio inter vivos : quia ei lex adsistit, jubetque, ut donatio promissa tradatur, §. *35, C. h. t.* Quum ergo ex omnibus pactis legitimis nascatur *condictio ex lege* §. *1157*, consequens est, ut et donatio inter vivos petenda sit *condictione ex lege*, nempe ex *l. 35, §. 4, 5, de don.* nisi donationi accesserit stipulatio. Eo enim casu ex stipulatu agi potest, *pr. Inst. de verb. obl.* Contra, donatio mortis caussa similis est ultimis voluntatibus, §. 456, et hinc eædem inde actiones nascuntur ac ex legatis, nempe personalis ex testamento, hypo-

thecaria et rei vindicatio. Has enim actiones ex legatis nasci diximus infra §. 639.

Confer. *not. ad* §§. *455 et 456.*

§. CCCCLXII.

Paullo ante monuimus, donationem inter vivos non esse revocabilem (460, 3), et ita se habet regula. Sed quemadmodum vix regula quædam est sine exceptione, maxime in jurisprudentia, *l. 202, ff. de reg. jur.* ita item hic contigit. Revocatur enim donatio, 1°. *si sit inofficiosa. L. 5, l. 7, C. de inoff. don.* Quid inofficiosum sit, paullo post dicemus ad tit. de inofficioso testamento, nempe omne illud inofficiosum vocamus in jure, quo liberi, parentes, vel fratres et sorores læduntur in portione legitima. Sic dicimus *testamentum inofficiosum*, quo his personis portio legitima non relicta: *dotem inofficiosam*, quæ tanta est, ut liberis reliquis salva non sit legitima: *donationem inofficiosam*, per quam liberi donatoris in legitima portione læduntur. Et hæc, ut dixi, potest revocari. 2°. Revocatur etiam, quicquid ultra D. solidos donatum sine insinuatione judiciali. Homines quidem natura non sunt ad donationes immodicas proclives, sed tamen aliquando ita donant, ut sibi ipsis non parcant. Quum itaque reipublicæ intersit et expediat, ne quis re sua male utatur, §. *2, Inst. de his qui sui vel alien. jur.* et profusio sit ac quidquid potius, quam liberalitas, cui ratio non constat: hinc cautum, ut qui ultra D. solidos (quos hodie aureos Hungaricos interpretamur) donare velit, eam donationem judicialiter ad acta insinuare teneatur, *l. 21, ff. l. 34, pr. l. 36, fin. C. de don.* Quod si itaque hæc insinuatio ad acta omissa sit, donatio quidem valet ad D. solidos, sed quæ ultra hanc summam donata sunt, jure possunt revocari. Quid vero, si plures donationes diversis temporibus factæ sint, e. g. ante triennium 200 solidi, ante biennium 300, superiore anno 400, an ita quoque invalidum est, quod ultra 500 solidos sine insinuatione donatum? Id negandum, modo illa summa non in fraudem legis divisa sit? *l. 34, §. 3, C. h. t.* Quid si

quotannis certa summa donata? Resp. si ad vitæ tempus donata, insinuatione non opus esse, quia incertum est, quamdiu victurus sit donatarius: ubi autem et heredum fit mentio, insinuationem omnino accedere oportet, quia satis certum est, illam summam annuam D. solidorum quantitatem excedere posse, *l. 34, §. 4, C. h. t.* Sunt etiam quædam donationes, quæ plane insinuationem nullam requirunt, quantumvis magnæ sint; veluti si quid donatum (α) ad redemtionem captivorum, *l. 37, pr. C. h. t.* (β) ad reficiendas ædes incendio ruinave collapsas, *l. 36, §. 2, C. eod.* (γ) si donatio militibus facta a tribuno militum, *l. 36, §. 1, C. eod.* (δ) si donatio sit reciproca vel remuneratoria. Sane enim si ego sponsæ dono annulum M. solidorum, et illa mihi itidem donat annulum e. g. DC. solidorum, neutra pars læsa est, ita ut insinuatione sit opus. 3°. Revocatur etiam donatio propter donatarii ingratitudinem. Ingratitudo autem quum vel *simplex* sit, si quis benefactori non benefacit, vel *prægnans*, si quis benefactori ægre facit: hic prior non sufficit ad revocandam donationem, sed speciatim requiruntur vel (*a*) atroces injuriæ, vel (*b*) insidiæ donatoris vitæ structæ, vel (*c*) ut impiæ manus donatori illatæ sint, vel (*d*) ut magnæ bonorum donatoris parti insigne damnum intulerit donatarius. Sedes hujus doctrinæ est in *l. ult. C. de revoc. don.* Ex qua et id notandum, donatorem quidem donationem ab ingrato revocare posse, non autem ipsius heredes. Si enim ipse donator non revocavit, injuriam hanc censetur remisisse; et generalis est illa regula, *actiones, quæ ad meram vindictam tendunt, heredibus non dantur.* Immo nec contra heredes ingrati donatarii actio ad revocandam donationem competit quia ad vindictam comparata est, et vindicta locum non habet, nisi adversus eum, qui nos adfecit injuria, hic autem heres donatorem nullatenus læsit, *l. 7, C. de revoc. don.* 4°. Revocationi donationis locus est *ob supervenientiam liberorum*; idque probant ex *l. 8, C. de rev. don.* ad quam legem prolixum commentarium conscripsit Jurisconsultus eruditus, Andr. Tiraquellus. Sed sane lex illa tantum loquitur de casu speciali, si patronus libertis bona omnia vel eorum partem donaverit, et postea susceperit

liberos. Jura autem patronorum non statim sunt ad alios porrigenda. Ast doctores tam late interpretantur hanc legem, ut omnibus donatoribus hoc jus indulgeant, immo et ipsis liberis donatorum supervenientibus. *Merill. Obs. l. II, c. 34.* Et quamvis non alia ratione utantur, quam quod nemo videatur alienas successiones propriis anteponere, *l. 30, C. de fidecomm.* nihilominus tamen, ut fit, hæc erronea interpretum sententia in foro triumphat.

Quibus legitima læditur donationes, pro nullis non habentur, sed ad modum legitimum restringi debent. *Cod. Nap. art. 920.* — Insinuatio non ampliùs requiritur, sed transcriptio ubi donantur immobilia tertiorum hypothecis obnoxia, *art. 939.* — Rei donatæ donatarius non priùs fit dominus quam ubi traditio accessit. Hæc sunt Heineccii : contrarium verò obtinet *art. 938*, ubi legimus, donationem solo partium consensu perfici. — Ingratitudine donatarii retractantur donationes. *art. 953, 955 et seqq.* — Ob superveniontiam liberorum æquè revocantur. *art. 962.*

§. CCCCLXIII.

Superest species quædam donationis singularis, puta *donatio propter nuptias.* Illa olim vocabatur ἀντιφέρνη, vel donatio ante nuptias, quia constante matrimonio conjuges sibi invicem donare non poterant. Postquam autem id mutavit Justinianus, et marito indulsit, ut et uxori jam sibi nuptæ donationem ejusmodi constituere posset : non amplius quadrabat rei vocabulum, et hinc Justinianus voluit, ut in posterum vocaretur donatio propter nuptias, §. *3, Inst. h. t.* Est vero *donatio propter nuptias*, quam maritus uxori vel sponsus sponsæ facit in securitatem dotis. Dico *in securitatem dotis* ; et hinc si sponsus sponsæ e. g. annulum vel aliud quid donat sine respectu ad dotem, ea vocatur *largitas sponsalitia*, de qua volvenda *l. 16, C. de don. ante nupt.* Quum ergo in securitatem dotis detur, consequens est, 1°. ut doti ratione quantitatis et conditionum sit similis. Ita enim expresse sanxit Justinianus *Nov. XCVII* quod olim se aliter habebat. Hinc e. g. si uxor marito infert dotem 1000, tantumdem maritus uxori donat propter nuptias. 2°. Ut in

uxorem constante matrimonio non transeat dominium, sed tantum jus pignoris in bonis mariti, *l. 29, C. de jur. dot. Nov. LXI, c. 1, princ.* 3°. Ut nec fructus rei hunc in modum donatæ uxor percipiat constante matrimonio. Nam si perciperet uxor fructus, tunc dos inutilis fieret marito, *l. 29, C. de jur. dot. l. 20, C. eod.* Dos enim datur ad ferenda matrimonii onera. Fingamus vero, uxorem mihi constituisse dotem 10000, me eidem propter nuptias donasse 10000, sane si tunc ego perciperem fructus dotis 500 florenorum, et uxor fructus donationis propter nuptias itidem 500 florenorum, tunc sane ab ea nihil accepissem, et illa dos mihi non prodesset ad ferenda matrimonii onera.

Sunt in jure nostro donationes vel ante vel post nuptias permissæ, quæ vel inter sponsos vel inter ipsos conjuges fieri possunt. *Cod. Nap. art. 1091 et seqq.* Sed alio modo quo apud Romanos.

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet vel non.

§. CCCCLXIV.

Sequitur titulus de jure alienandi, in quo et regula notanda et duæ exceptiones. *Regula* est, *dominus potest rem suam alienare.* Fluit enim id ex natura et definitione dominii. Nam supra §. 335 diximus, dominium esse jus in re corporali, ex quo facultas de ea disponendi eamque vindicandi nascitur. Si ergo conjuncta cum dominio est facultas libere de re sua disponendi, facile sane adparet, licere etiam ei alienare rem suam. Deinde et ex definitione alienationis hæc regula prono alveo fluit. Alienare enim est abdicare se dominio suo et illud transferre in alium. Atqui id nemo potest præter dominum, quum dominium, quod quis non habet, in alterum transferre omnino non possit. Hæc itaque est regula: at illa patitur duas *exceptiones*, de quibus h. t. agitur, quasque Theophilus in *paraphrasi Inst. h. t.* non ineleganter vocat παράδοξα θέματα, *positiones paradoxas.* Nempe 1°. ali-

quando contingit, ut aliquis sit dominus et tamen alienare nequeat; quod demonstratur §. 465 seq. 2°. Aliquando, qui non est dominus, habet jus alienandi; de quo §. 467 seq.

§. CCCCLXV.

I. Aliquando dominus non potest alienare. Idque imperator probat 1°. exemplo mariti, qui est dominus dotis, nec tamen semper habet jus alienandi. Dominium dotis consequi maritum, acriter negat A. A. Pagenstecherus *in Aphoris. Inst.* §. *74, p. 142*, unde id ante omnia probandum, et argumenta viri docti simul profliganda sunt. Maritum ergo esse dotis dominum, probamus (*a*) *pr. Inst. h. t.* ubi Justinianus eum diserto dominum vocat. (*b*) In *l. 7*, §. *3 de jur. dot.* vice plus simplici repetit Ulpianus, *dotem esse in bonis mariti, eam fieri mariti, ejus effici, etc.* (*c*) Id probatur ex effectu. Dominium consistit in facultate de re sua disponendi. Jam vero facultatem habet dominus, adeo, ut et servis dotalibus testamento libertatem dare possit. *l. 3, C. de jur. dot.* Dominus quoque habet facultatem vindicandi. Jam uxor constante matrimonio dotem vindicare non potest, *l. 7*, §. *3, ff. h. t. l. 9, C. de rei vind.* Contra eam jure vindicat maritus, *l. 24, ff. rer. amot.* Cum ergo solus dominus gaudeat jure vindicandi, *l. 23 et l. 24, C. de rei vind.* manifestum est, maritum esse dotis dominum. Contra hanc veritatem ab omnibus Jurisconsultis accuratioribus defensam aliquot argumenta obvertit Cl. Pagenstecherus. Nam (*a*) in *l. 30, C. de jur. dot.* dicitur, *quod legum subtilitate transitus rerum dotalium in matrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritatem non deleri vel confundi.* Inde colligit Pagenst. maritum quidem dominum dotis videri subtilitate juris, non autem eum revera esse dominum. Sed respondemus, imperatorem ibi loqui de jure uxoris in dotem, *dissoluto matrimonio*, adeoque horum verborum sensus est, quamvis maritus subtilitate legum sit dominus dotis constante matrimonio, revera tamen uxoris dominium tantum quiescere, et reviviscere, simulac dissolutum sit matrimonium. Id vero nemo negat, (*b*) dotem nonnumquam consistere in re incorporali, veluti in usufructu,

jure coquendi cerevisiam et similibus; jura autem non posse esse in dominio. §. 335. Sed respondeo, (α) si dicimus, maritum esse dominum rei dotalis, supponendam esse rem corporalem, in qua locum habere possit dominium, e. g. agrum, fundum, pecuniam. (β) Si vel maxime jura tamquam res incorporales non sint in dominio, tamen ea esse in bonis. *l. 49, ff. de V. S.* Hæc autem distinguunt quidem jura verbis, quum effectu revera sint eadem. Itaque satis animadvertimus, maritum esse dotis dominum. At quamvis id expediti juris sit, tamen ei ademta est ex parte libera alienandi facultas, et quidem per legem Juliam de adulteriis. *Paull. Rec. Sent. l. II, tit. 24.* Quum enim frequentissima Romæ essent divortia, et maritus fere pro lubitu uxorem domo expellere posset, adeo ut *Seneca* eleganter dicat, *uxorem sua ætate non consulibus, sed maritis numerasse annos*: sæpe contingebat, ut uxor repudiata, cujus dotem omnem jam absumserat maritus, ad mendicitatem redigeretur. Hinc earum misertus Augustus sanxit, ut marito non liceret alienare fundum dotalem Italicum invita uxore, nec eumdem oppignorare quamvis volente uxore. At Justinianus in hac re duas res emendavit, *l. un. §. 15, C. de rei ux. act.* Nam (*a*) sustulit discrimen inter fundum dotalem Italicum et provincialem, (*b*) inter oppignorationem et alienationem, adeoque constituit, *ut fundus dotalis qualiscumque, sive Italicus, sive provincialis, a marito nec alienari nec oppignorari possit, sive consentiat uxor, sive refragetur.* Quam facile enim foret marito blanditiis expugnare animum uxoris, ut in alienationem consentiat. Quare observandum, (*a*) non omnis dotis prohibitam esse alienationem, sed fundi tantum dotalis. Si enim dos consistit in re mobili, nullum est dubium; quin maritus eam possit alienare. (*b*) Ne fundi quidem s. rei immobilis alienationem semper esse prohibitam. Nam exceptus est fundus dotalis æstimato datus. Si enim æstimatio venditionis caussa facta est, dominium plenum transit in maritum, et contentam esse oportet mulierem, si soluto matrimonio æstimationem recipiat. *l. 10, §. 4, ff. l. 5, C. de jur. dot.* 3°. Ne quidem dotis inæstimatæ alienationem semper prohiberi. Admittitur enim neces-

saria, qualis est, quæ fit ob æs alienum uxoris, *l. 1, ff. de fundo dot.* vel in ejusdem manifestam utilitatem, *l. 26, l. ult. ff. de jure dot.*

Videndum an et quatenùs jure nostro maritus fiat dominus dotis. Et 1°. si dos consistit in re mobili æstimatâ, nullum est dubium quin maritus eam possit alienare, et pretium ejus tantùm debeat; nisi instrumento dotali insertum sit, æstimationem non venditionis causâ fuisse interpositam. *Cod. Nap. art. 1551.* — 2°. Si immobilia in dotem data sunt, quamvis æstimata fuerint, non tamen mariti fiunt; nisi expressè fuerit declaratum, æstimationem venditionis causâ esse factam. *art. 1552.* Hoc autem declarato, dominium plenum in maritum transit, et contentam esse oportet mulierem, si soluto matrimonio æstimationem recipiat. *L. 10, §. 4, ff. de jure dot. L. 5, C. eod.* — Ubi verò id non agitur ut dotis dominium ad maritum transeat, dos mulieris manet, et in ea maritus non nisi administrationis jure gaudet. *art. 1549.* Administrat autem, non tamquam simplex procurator dispensatorve, COCHIN, *tom. 5, p. 718;* sed habet administrationem plenam, vel, ut aiunt, liberam; ita ut, in eâ, videatur quasi dominus, cùm reverà non sit. Et sic lego apud LAJANNÈS, *Jurispr. franç. n. 323.* « Le mari est le *maître de la dot,* pour ce qui est de l'ad» ministration ».

§. CCCCLXVI.

Vidimus primum exemplum domini, cui tamen alienare non licet. Alterum 2°. nobis exhibet *pupillus.* Is enim et paterfamilias est et rerum suarum dominus; æque ac minor, et tamen neuter alienare potest, quia sub tutela vel curatela sunt constituti, adeoque non habet liberam res suas alienandi facultatem. In eo tamen discrimen est, quod alienatio a pupillo facta ipso jure nulla est, facta a minore valet, si accesserit jusjurandum, quod ex minore majorem facit per famosissimam *Auth. Sacram. puberum. C. si adv. vendit.* Cum ergo pupillo alienare non liceat, sequitur 1°. ut nec mutuam dare possit pecuniam. Mutuum enim esse alienationem, contra Claudium Salmasium, virum doctissimum, argumentis tam luculentis demonstrarunt Jurisconsulti, in primis Jo. Wissenbachius, ut hodie ea quidem de re nemo dubitet.

Ex quo sequitur, (*a*) ut, si numi, quos pupillus numeravit, exstent, locum habeat rei vindicatio. Quia enim pupillus alienans nihil agit, sane dominium non transfert: si dominium non transfert, manet dominus: si dominus manet, rem suam, ubicumque exstet, vindicare potest, §. 335. Inde porro sequitur (*b*) ut si numi ab eo, qui illos accepit, bona fide consumti sunt, locum non habeat rei vindicatio; quomodo enim vindicari posset, quod non exstat? Attamen tunc pupillo datur actio personalis s. condictio certi ad tantumdem in eodem genere restituendum. (*c*) Inde colligimus, si, qui pecuniam a pupillo mutuam accepit, eam mala fide consumsit, dari adversus eum actionem ad exhibendum. Quamvis enim hæc actio tantum adversus possessorem detur, *l. 3*, §. *ult. l. 4*, *l. 5*, *pr.* §. *ult. l. 7*, §. *34*, *ff. ad exhib.*, et, qui numos mala fide consumsit, nihil possideat: regula tamen recepta est a Jurisconsultis, *qui dolo possidere desiit, pro possessore habetur*, *l. 5*, §. *2*, *l. 12*, §. *3*, *l. 14*, *ff. l. 5*, *C. h. t. l. 131*, *ff. de R. J.* 2°. Eodem modo se res habet, si pupillus sine auctoritate tutoris solverit. Quia enim et ita fit alienatio, solutio ista in se nulla est, adeoque, quod solutum est, æque ac si indebite esset solutum, potest iisdem actionibus repeti. Illud denique 3°. notatu dignum, pupillo, licet sit dominus, non tamen solvi posse sine auctoritate tutoris et magistratus decreto, exceptis usuris intra biennium debitis et non excedentibus 100 solidorum vel aureorum quantitatem, quæ tutori, non pupillo, sine magistratus decreto solvi possunt, *l. 25*, *l. 27*, *de admin. tut.* Si quis ergo pupillo solvit vel tutori non interposito decreto, et pecunia vel a pupillo vel a tutore male perdita et absumta est, vel casu periit; creditor non liberatur, sed iterum solvere tenetur. Posset quis existimare, meliorem fieri conditionem pupilli accepta solutione, adeoque id negotium etiam illum posse explicare, §. 251, sed id negatur. Quomodo enim meliorem reddit conditionem pupilli, qui tantum pecuniam ipsi solvit, ut gaudeat equis, canibus, et aprici gramine campi, utilium tardus provisor, prodigus æris; ut eleganter Horat. *A. P. v. 162 sq.* Nonne hoc esset furioso gladium dare?

Pupillus alienare non potest, *Cod. Nap. art. 457*; nec solvere, *art. 1238.*

§. CCCCLXVII.

Absolvimus prius thema paradoxum, aliquem esse rerum suarum dominum, et tamen alienare non posse. Sequitur (II.) alterum, aliquem non esse dominum, et tamen ei licere alienare. Hujus quoque bina nobis exempla suppeditat Justinianus. Nam 1°. creditor, cui a debitore pignus traditum, non fit pignoris dominus, sed aliud habet jus in re a dominio diversum, §. 534 : et tamen non solvente debitore pignus potest distrahere, ut ex pretio inde redacto sibi satisfiat, *l. 8, l. 11, l. ult. ff. de distr. pign.* Neque debitor hanc distractionem impedire potest ullo modo, nisi totam sortem cum usuris repræsentet, *l. 2, C. debit. vend. pign. imp. non posse.* Inutile enim foret pignus creditori, neque ei ullam securitatem præstaret, si nunquam ei liceret illud distrahère. Quamvis vero regula illa in se vera sit, ratione modi tamen distractionis distinguendum est, accesseritne pignori pactum de distrahendo pignore, an pactum, ne pignus distrahatur, an plane nihil ea de re inter se pacti sint debitor et creditor. (*a*) *Pactum de distrahendo pignore* est, quando debitor creditori concedit, ut, si intra certum tempus æs alienum non dissolvatur, pignus possit vendi; et id pactum licitum est. Contra, si ita pacti sint, ut si justo tempore non solutum fuerit, pignus creditori adquiratur, isque ejus dominus fiat : vocatur id *lex commissoria* vel *pactum commissorium*, et id illicitum et prohibitum est, *l. ult. C. de pact. pign.* Cujus rei ratio in promptu est. Si enim distrahatur pignus, debitor non læditur, quia creditor, accepta summa sibi debita, id, quod superest, debitori restituit : contra, si, debitore in mora constituto, pignus creditori statim ipso jure adquireretur, maximopere læderetur debitor, quia plerumque duplo pluris est pignus, quam summa, quam debitor acceperat. Jam redimus ad distinctionem nostram. Si ergo pactum de distrahendo pignore accessit, creditor potest pignus vendere sine denuntiatione, simulac debitor est in mora solvendi, *l. 4, ff. de pign. act. l. ult.*

§. *1*, *C. de jur. dom. impetr.* (*b*) Si pacti sint, *ne vendatur*, trinam denunciationem oportet præcedere, eoque cessante, distractio permittitur, *l. 4*, *ff. de pig. act.* (c) Si nihil ea de re pacti sint, una sufficit denunciatio, eaque facta adhuc per biennium exspectandum, *l. 4*, *C. de distr. pign.* Omnibus his casibus distractio fit sollemniter, vel sub hasta, vel per modum auctionis, pretio, quantum fieri potest, maximo, *l. 4*, *l. 7*, *l. 10*, *C. eod. l. 14*, *l. 22*, §. *ult. ff. de pign. act.* Si emtorem inveniat res, dominium statim in eum transfertur, neque debitor oblato pretio eam repetere potest, *l. 46*, *ff. de A. R. D. l. 18*, *C. de distr. pign.* Sin nemo emere velit, nova denuntiatione opus est; ea facta judex diem statuit, intra quem solvendum. Eo præterlapso creditori pro certo pretio addicitur pignus, ita tamen, ut intra biennium adhuc liceat debitori offerre sortem cum usuris, et ita pignus luere. *l. ult.* §. *2*, *3*, *C. de jur. dom. impetr.*

Creditor distractionem persequi potest rei sibi oppigneratæ, sive ea res mobilis sit, sive immobilis. Quâ autem formâ id fieri debeat, videre est *in Cod. Nap. art. 2078*, *2204 et seqq.* et *in Cod. Proced. art. 673 et seqq.*

§. CCCCLXVIII.

Idem thema paradoxum Justinianus noster demonstrat 2°. exemplo *tutoris*, qui non est dominus rerum pupillarium, sed nudus administrator, et tamen eas aliquando recte alienare potest. Dicimus, eum *aliquando* recte alienare. Distinguendum enim est inter bona immobilia et mobilia. Hæc, modo non sint pretiosa admodum, et servando servari non possint, licite alienantur, *l. 22*, *C. de adm. tut. l. ult. C. quando decr. non opus.* Contra si sint immobilia et mobilia maximi pretii, alienatio licita non est, nisi accedente magistratus decreto, *l. 22*, *C. de adm. tut.* Exceptiones tamen notandæ: (*a*) si pater alienationem testamento permiserit, *l. 1*, §. *2*, *l. ult. ff. de rebus eorum qui sub tut.* (*b*) Si alienatio fiat ex necessitate, e. g. quia æs alienum urget; quia socius ad divisionem provocat: si alius gaudeat jure re-

trovenditionis, *l. 1, §. 2, ff. eod.* His enim casibus omnibus tutor et sine impetrato magistratus decreto jure alienat.

Exemplo tutoris.] Tutor res pupilli rectè alienat, quando ita placuit Consilio familiæ, *Cod. Nap. art. 457*; et tunc quidem observandæ sunt solemnitates ab artic. seqq. præscriptæ.

Si alienatio fiat ex necessitate.] Æs alienum urgens legitima quidem causa est cur Prætor alienationem permittat; at nusquam, opinor, reperies, ex hâc causâ potuisse (jure Romano) fieri alienationem non interveniente decreto Prætoris. Errat igitur Heineccius, dum notat hanc causam tanquam exceptionem à regula. Immò enim, ipsa verba legis I, §. 2, quam allegat, volunt, ut, *si fortè æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi*, TUNC PRÆTOR ADEATUR, *qui, pro suâ religione, æstimet, quæ possint alienari obligarive debeant.* Et ita consentit jus Romanum cum Gallico.

TITULUS IX.

Per quas Personas cuique adquiritur.

§. CCCCLXIX.

MATERIÆ de modis adquirendi Justinianus intermiscet quæstionem de personis, per quas adquirimus, quæ et elegans et vere practica est. Ut vero rem clarius intelligamus, more nostro præmittimus axioma, ex quo sua sponte fluant conclusiones totius hujus doctrinæ. Illud tale erit: *Adquiritur nobis non solum per nos ipsos, sed et per res nostras.* E. g. nemo dubitat, quin mea sit pecunia, quam equi mei operis suis adquirunt; mea sit avicula, quam accipiter meus cepit, etc. Demonstratio hujus axiomatis petenda ex allegato §. 354, ubi diximus, accessorium sequi suum principale, adeoque, quicquid vel naturæ beneficio vel arte atque industria rei nostræ accedat, nostrum esse.

§. CCCCLXX et CCCCLXXI.

Ex hoc ergo axiomate prono alveo fluit : 1°. Quidquid adquirit servus noster, illud nobis adquiri. Servus enim jure nostro est res, §. 77, per res nostras nobis adquiritur, §. 469; ergo per servos nostros nobis adquiritur, q. e. d. Posses objicere, servos tamen habuisse peculium, idque aliquando satis luculentum; habuisse etiam servos suos, qui *vicarii* dicebantur : unde quidquid hi adquisiverint, id servis adquisitum esse. Sed respondemus, peculium servi indistincte fuisse profectitium : peculii profectitii dominium, proprietas et ususfructus erat penes dominum : itaque servis sola administratio permittebatur, et domino licebat, quandocumque vellet, sibi vindicare. *l. 7, §. 1, ff. de pecul.* Exemplum elegans est apud Terent. in *Phorm. A. 1, Sc. 1, v. 5, sq.* ubi conqueritur servus, quidquid conservus suus vix unciatim de demenso suo comparsit miser, id universum auferre herum ejusque uxorem, haud existimantes, quanto labore partum esset. Manet ergo fixum et firmum, quidquid adquirebant servi, etiam dum genium suum defraudantes aliquid comparserant, id omne adquisitum domino fuisse. Ex quo porro 2°. consequitur, ut, si servus plures haberet dominos, omnibus adquireret pro rata, i. e. pro parte dominii, nisi unius speciatim jussu vel uni speciatim aliquid stipulando adquisiverit, §. *3, Inst. h. t.* Hinc e. g. fingamus, primum, secundum et tertium possidere servum communem : primi servum illum esse pro parte dimidia, secundi pro quarta, tertii itidem pro quarta parte : sane, si servus ille communis operis suis vel alio justo modo adquisiverit 1200 florenos, primo inde debebuntur 600, secundo et tertio singulis 300. Quamvis vero regula hæc vera sit, aliquando tamen dominorum non intererat, per servos sibi aliquid adquiri, e. g. si servus meus adquisivisset 100 canes vel feles nullius pretii, mihi ego non multum gratularer hoc insigne lucrum. Hinc prudenter distinguebant Romani inter dominium, possessionem et hereditatem. *Dominium* servus domino adquirebat etiam ignoranti et invito, quia illud periculo carebat : *possessionem* non nisi scienti et volenti,

lenti, quia aliquando periculosa est possessio : *hereditatem* non nisi jubenti ; quia ea omnium periculosissima, propter latitans æs alienum, *l. 44, §. 1, ff. de A. R. D. §. 3, Inst. h. t.* Ceterum, quidquid hactenus diximus, ad veros servos nostros pertinet, quos tamquam res nostras habemus in dominio. Aliquando vero non habemus servum tamquam domini, sed tamquam usufructuarii, i. e. non proprietas servi ad nos pertinet, sed ususfructus, §. 433. Aliquando etiam homo liber et ingenuus alii bona fide servit, quamvis injuste in servitutem detrusus sit, veluti Josephum serviisse novimus Putiphari. Hujusmodi revera non servus est, quamvis in servitute vivat, sed homo ingenuus. §. 41, 4. De servis itaque illis fructuariis et bona fide possessis jam quæritur, an usufructuario vel b. f. possessori adquirant? Resp. Distinguendum esse, 1°. *an aliquid operis suis adquirant*, 2°. *an e re nostra*, an 3°. aliunde aliquid ad ipsos perveniat? Primo et secundo casu adquirunt usufructuario vel b. f. possessori : tertio casu servus fructuarius proprietario, bona fide possessus sibi adquirit. E. g. in Sticho servo legatus mihi est ususfructus, fratri meo proprietas. Si ergo Stichus ille arte fabrili 100 flor. adquirit, illos mihi quidem adquirit, quia adquisivit operis suis : si thesaurum in fundo meo reperit, mihi eum adquirit, quia e re mea adquisivit : sin heres institutus acceperit 1000 Carol. eos, non mihi, sed fratri meo adquirit, quia ii aliunde ad servum pervenerunt. Ita et Josephus Putiphari serviens, quidquid per operas suas vel e re Putipharis adquisivit, secundum jus nostrum adquisivisset Putiphari : contra, si heres ab aliquo fuisset institutus, illam hereditatem sibi potuisset retinere, si tunc vel jus nostrum exstitisset, vel in Ægypto fuisset receptum. §. 3, *Inst. h. t.*

§. CCCCLXXII et CCCCLXXIII.

Ex eodem axiomate nostro jam porro inferimus, 2°. etiam, quod *filiusfamilias* adquirit, id jure nostro omne eum adquirere debuisse patri suo, cujus in potestate erat sive per nuptias, sive per legitimationem, sive per adoptionem. Nam patria potestas consistebat in do-

minio juris Quiritium, §. 136. Ergo filiifamilias ratione patris non erant personæ, sed res, §. 135. Per res nostras nobis adquiritur, §. 469. Ergo per filiosfamilias nostros nobis adquiritur, q. e. d. Quod adeo verum est, ut Dionys. Hal. *L. VIII*, scribat: *Romanis filiis nihil proprii est vivis patribus, sed et pecunias et corpora liberorum patribus ad eorum arbitrium tradidit lex Romuli.* Hinc apud *Suet. Tib. c. 15.* Tiberius ab Augusto adoptatus nihil pro patrefam. egit, et neque donavit neque manumisit, nec hereditatem quidem aut legata ulla aliter, quam ut peculio referret accepta, percepit. Cur vero? nisi quia per arrogationem factus fuerat filiusfamilias. Quum vero paullo durius hoc jus videretur, et morum veterum rubiginem paullatim extersisset sequentium temporum humanitas, regulæ huic accessit exceptio, nempe *peculium*: adeoque hodie dicendum, omnia, quæ filiusfamilias adquirit, adquirit patri suo, salvo tamen ei peculio. Quare jam superest, ut de peculio agamus. *Peculium* dicitur a pecude, in qua olim maximæ veterum facultates consistebant. Qui multum pecoris pascebat, censebatur dives: pauperis erat, numerare pecus. Inventi quidem postea erant numi, sed et his in memoriam pristini vitæ generis nomen *pecuniæ* a pecude dabatur, ut et in vetustissimis Romanorum numismatibus plerumque se sistit bovis, suis, vel alius animalis imago. Quia ergo et, quod parentes initio liberis suis vetustissimis temporibus reliquerant, plerumque in pecude procul dubio constitit, hinc et istud dictum est *peculium.* In jure nostro peculium definitur, quod sit pusillum patrimonium, quod filiusfam. vel servus a rationibus paternis vel dominicis separatum habet, *l. 3, §. 3, seq. ff. de pecul.* Et hinc homo sui juris non potest habere aliquid in peculio, sed in dominio; qui autem alieno juri subjecti sunt, possunt peculium possidere, veluti filii filiæve familias, servi et ancillæ, immo olim et uxores, quæ in manum convenerant, quia et hæ per nuptias transibant in potestatem mariti, §. 146. * Meminit hujusmodi peculii uxoris *Plaut.* in *Casin. A. II, Sc. 2, v. 26.* Hodie uxores non amplius sunt in mariti potestate, adeoque nec peculium habent. Servorum pe-

culium mere profectitium esse, jam paullo ante monuimus. Reliquum ergo est, ut de peculio filiorum filiarumve fam. dicamus. Dividitur illud jure nostro in *militare* et *paganum*. Quicumque enim non militant, ii in jure nostro pagani adpellantur. Militare est vel *castrense* vel *quasi castrense*. Paganum in *profectitium* et *adventitium* dispescitur. Jam de singulis agendum.

§. CCCCLXXIV et CCCCLXXV.

Peculium *militare* vocatur, quod occasione militiæ adquiritur. Quum vero militia in jure nostro sit vel *sagata*, quando quis militat armis et in castris, vel *togata*, quando quis militat in palatio et curia, *vid. l. 14, C. de adv. div. jud.* hinc aliud est, peculium *castrense*, aliud *quasi castrense*. Illud est, quod adquiritur occasione militiæ sagatæ: hoc, quod adquiritur occasione militiæ togatæ; ad quam hodie omnes artes liberales, adeoque non modo jurisprudentia, sed et theologia, medicina, mathesis, philosophia, etc. referuntur. Probe autem attendendum ad verba definitionis. Non enim dicimus peculium castrense et quasi castrense, quod *per* duplicem illam militiam consequimur, sed quod *occasione istius* adquirimus. Ergo 1°. ad peculium castrense non modo pertinet stipendium menstruum prædaque ab hoste capta, sed et quod pater filio militatum eunti donavit ad comparandam suppellectilem militarem, itemque, quod filiofam. ex hereditate vel legato commilitonis obvenit, vel quod pecunia castrensi sibi emit. Omnia enim hæc occasione militiæ sagatæ adquisita sunt, *l. 11, ff. de castr. pecul. l. 4, pr. ff. l. 4, C. eod.* Similiter 2°. ad peculium quasi castrense non solum pertinet, quicquid per artes liberales filius adquisivit, e. g. salaria et honoraria, quæ tamquam advocatus, medicus, professor accepit, sed et sumtus studiorum a patre acceptos, modo hic illos animo donandi dederit, imo et donata a principe vel Augusta, quia et hi ob ingenii præstantiam et bene merita donasse intelliguntur. Omnia, inquam, hæc ad peculium quasi castrense pertinent, quia occasione istius militiæ togatæ sunt adquisita. *l. ult. C. de inoff. testam. l. 7, C. de bon. quæ lib.*

§. CCCCLXXVI et CCCCLXXVII.

Tale est peculium militare. Quidquid extra militiam filius adquirit, id pertinet ad peculium *paganum* et quidem, si quid ad filium *e re patris*, vel *contemplatione* patris pervenit, id vocatur *profectitium:* si quid aliunde, quam a patre, e. g. a matre, vel ab extraneo, ad filium pervenit, id *adventitium* adpellatur; quo etiam refertur, quidquid filius vel proprio labore, puta, per artes illiberales, e. g. per artem sutoriam, sartoriam, fabrilem aliudve opificium, nec non, quidquid prospera fortuna, e. g. per inventionem thesauri in loco alieno, etc. adquirit, §. 1, *Inst. h. t.* Nihil hic obscurum, præterquam quod et ea retulimus ad peculium profectitium, quæ contemplatione patris filio obvenerunt. Id vero ita intelligendum, ut, si filio quid datur, donatur, legatur, ab extraneo quidem, sed propter patris merita, id omne æque ad peculium profectitium pertineat, ac si e re patris profectum fuisset. E. g. si ego amico in foro operam navassem, isque mihi offerret honorarium, quod ego respuo: amicus autem illud, quod mihi destinaverat, filio meo donaret, perinde hoc futurum esset in filii mei peculio profectitio, ac si ego illi donassem, quia contemplatione mei ad eum pervenit.

§. CCCCLXXVIII.

Hactenus tantum didicimus definitiones peculii castrensis, quasi castrensis, profectitii, adventitii. Jam pergendum ad jura singulorum, adeoque dispiciendum erit, quid juris in singulis peculiis habeat filius, quidve patri competat? Id vero optime explicabitur aliquot regulis. *Peculium castrense et quasi castrense pleno jure est filii, pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.* Hæc regula nondum obtinebat tempore liberæ reipublicæ, quia tunc adhuc recepta erat lecta militia, et unusquisque civium certos annos militare tenebatur, adeoque nondum opus erat, eximiis quibusdam privilegiis homines ad militandum invitare. At Augustus, probe gnarus, militiam lectam quidem liberæ reipublicæ, at non principatui

quadrare, primus invenit militiam mercenariam, et milites mercede vel stipendio undecumque conduxit. Ut ergo homines eo libentius nomina darent militiæ, varia ex eo tempore militibus concessa fuere privilegia, et inter hæc etiam istud, quod peculium castrense sibi pleno jure adquisituri sint, quamvis sint filii familias. Viguit hoc privilegium militum jam sub Vespasianis, sub quibus Juven. *Sat. XVI, v. 52. Solis præterea testandi militibus jus vivo patre datur; nam quæ sunt parta labore militiæ, placuit non esse in corpore census, omne tenet cujus regimen pater.* Paullo post a temporibus Hadriani et Antonini Pii id jus etiam ad peculium quasi castrense porrectum est, ceu demonstravi in *Ant. Rom. h. t.* §. *2, 334.* Ex hac vero regula jam luculenter patet, 1°. patrem in hisce peculiis neque administrationem, neque usumfructum, neque dominium, sed filium omnia hæc jura conjunctim habere. 2°. Hunc ratione hujus utriusque peculii haberi pro patrefamilias, *l. 2, ff. de Senatus-Consulto Maced.* adeoque 3°. de illo et testamentum condere et inter vivos disponere, adeoque donare, vendere, et quocumque titulo alienare posse, quum alias filius familias vivo patre nunquam testari possit, si vel maxime id ei pater expresse permittat. *l. 6, pr. ff. qui test. fac. poss. pr. Inst. quibus non est perm. test. fac.*

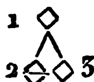
§. CCCCLXXIX.

De profectitio peculio jam sequitur regula II. *Illud pleno jure patris est, adeoque filius in eo nihil habet præter administrationem,* ut industriam suam exerceat, §. *1, Inst. h. t.* Ratio in promptu est. Filius ratione patris non est persona, §. 135, adeoque pater et filius habentur pro una persona in negotiis privatis, §. 139, 6, quumque una persona non possit pactum secum ipsa inire, §. 139, 7. sequitur, ut pater filio donare non possit, §. 458, 2. Si pater filio donare non potest, non potest etiam dominium donata re in filium transferre. Si dominium rei donatæ non transfert, ipse manet ejus dominus. Ergo quicquid e re patris ad filium proficiscitur, illius dominus pater manet; q. e. d. Quum itaque in hoc peculio domi-

nium et usumfructum habeat pater, posset aliquis existimare, illud plane inutile esse filio. Sed respondeo, aliquam tamen filio superesse utilitatem, et quidem duplicem. Nam 1°. si pater delictum tam enorme admisit, ut bona ejus omnia publicentur, vel fisco addicantur, quale quid hodienum fieri solet, si quis criminis perduellionis vel læsæ majestatis condemnetur, *l. 5, C. ad leg. Jul. mai.* tunc filio non aufertur hoc peculium, quamvis itidem ad bona paterna pertineat, *l. 3, §. 4, ff. de minor.* 2°. Si pater filium emancipet, eique illud peculium expresse non adimat; quod potest sane, si velit: tunc illud pleno jure filio adquiritur. *l. 31, §. 2, ff. de donat.*

§. CCCCLXXX et CCCCLXXXI.

Multo utilius filio est peculium adventitium, de quo notanda reg. III. *Peculii adventitii proprietas ordinarie penes filium, ususfructus et administratio penes patrem est.* §. 1, *Inst. h. t.* Ergo hic ordinarie aliquid habet pater, nempe usumfructum et administrationem: aliquid etiam filius, nempe proprietatem. Sic e. g. si filius habet bona materna 20000 flor. et inde quotannis usuræ percipiantur 1000 flor. illas usuras percipiet pater, ipsa sors 20000 flor. filii manebit. Diximus, *ordinarie* ita se rem habere, nam aliquando aliter se habet. Et hinc peculium hoc adventitium dividitur in *ordinarium* s. *regulare*, quando filius proprietatem, pater usumfructum habet: et *extraordinarium* s. *irregulare*, quando filius omnia, pater nihil habet. Hoc contingit IV casibus: 1°. si filius renuente patre hereditatem adiit; 2°. si filio ea conditione donatum vel legatum, ut nihil inde ad patrem perveniat; 3°. si pater et filius sint coheredes, quod contingit, quoties aliquis moriens nullos liberos, sed patrem et fratrem germanum relinquit. E. g. moriente secundo heredes erunt pater, primus; et frater germanus, tertius; et si reliquerit



20000 Carol. pater accipiet 10000, frater germanus 10000.

Sed in his pater usumfructum non habebit. 4°. Si pater in bonis filii dolose versatus sit; tunc enim omnem usumfructum amittit. Ceterum posset aliquis existimare, inter peculium castrense et quasi castrense et adventitium irregulare nullum esse discrimen. Sed differunt tamen quam maxime. Nam in castrensi et quasi castrensi peculio filium loco patrisfam. esse, et hinc testamentum condere posse, diximus: id non potest filius in peculio adventitio extraordinario, quantumvis habeat dominium.

§. CCCCLXXXII.

Superest quæstio, an et per alium, quam servum et filium nostrum, possimus adquirere? Idque negatur ob idem axioma nostrum, §. 469. Potius observanda regula, *alii per alium adquiri nequit.* Hinc e. g. si ego ita stipularer, *tune fratri meo dabis centum?* et alter responderet, *se daturum*, ex hac promissione nec ego actionem haberem, nec frater. Non ego, quia mihi nihil promissum: non frater, quia cum illo non contractum est. Vid. §. 4, *Inst. de inut. stipul.* Attamen cum alter alteri mandare possit, ut hoc vel illud faciat, merito recepta est regula, *per procuratorem nostrum ex mandato nostro et dominium et possessio nobis adquiri potest*, §. 5, *Inst. h. t.* Mandatum enim efficit, ut, quod per alium fecimus, id ipsi fecisse videamur. Hinc e. g. si mandavi patri, ut mihi emat ædes, harum ædium dominium et possessio, modo frater eam adprehendit, æque mihi adquiruntur, ac si ipse emissem et adprehendissem possessionem.

Extra usum nostrum positum est, quidquid sub hoc titulo traditur de acquisitione per servos et per filiosfamilias, itemque de diversis peculiis. — Hoc solum tenendum est, per procuratorem nostrum ex mandato nostro dominium et possessionem nobis acquiri posse. Quod probatur *Cod. Nap. art. 2228, Cod. de Procéd. art. 707, 709 et 710.*

FINIS PRIMÆ PARTIS.

LIVRES

LIVRES DE FONDS OU EN NOMBRE

Qui se trouvent, à Paris, chez B. WARÉE oncle, successeur de mad. veuve DUFRESNE, Libraire, au Palais de Justice.

Décisions sommaires du Palais, par Lapeyrère, 7e édition, 2 vol. *in*-4. brochés, 18 fr.; reliés, 24 fr.

Dictionnaire de Droit et de Pratique, par M. Cl. Jos. de Ferrière, 2 vol. *in*-4., reliés, 18 fr.

Institutes de Justinien (nouvelle traduction des), par M. Cl. Jos. de Ferrière, nouv. édit. revue, corrigée et augmentée. *Paris*, 1787, 7 vol. *in*-12, brochés, 15 fr., et reliés, 20 fr.

— Les mêmes Institutes de Justinien, traduites par M. Hulot, *Metz*, 1806, 1 vol. *in*-4., broché, 6 fr., et relié, 9 fr.

— Les mêmes, en papier fin, broché, 8 fr., et relié, 11 fr.

— Les mêmes, 3 vol. *in*-12, brochés, 6 fr., et rel. 8 fr. 50 c.

Jurisprudence consulaire et Instruction des Négocians, par M. Rogue. *Angers*, 1773, 2 vol. *in*-12, reliés, 6 fr.

Les Lois civiles dans leur ordre naturel; le Droit naturel *et Legum delectus*, par Domat, nouv. et dern. édition. *Paris.*, 1777, 2 tom. en un vol. *in-fol.*, broché, 18 fr. et rel. 24 fr.

Nouveau Code des Prises, par M. Lebeau, 3 vol. *in*-4. br. 24 fr.

— Les mêmes, 4 vol. *in*-8. brochés, 18 fr.

Œuvres de Cl. Henrys, avec des observations par Bretonnier, 6e édition, revue, corrigée et augmentée. *Paris*, 1772, 4 vol. *in-fol.*, brochés, 60 fr., et 80 fr. reliés.

Œuvres de M. Cochin, 6 vol. *in*-4., br. 30 fr., et rel. 45 fr.

— Les mêmes, 9 vol. *in*-8., brochés, 21 fr., et reliés, 33 fr.

Recueil des Lois de l'Empire Français, depuis 1790, jusques et compris, mars 1810, par M. Crosilhes, procureur impérial près le tribunal de première instance, à Montauban, 16 vol. *in*-12, brochés, 43 fr. 50 c. Chaque volume se vend séparément 3 fr.

Ce Recueil se continue, et le 17e volume ne tardera point à paroître.

Traité de la Communauté entre Mari et Femme, par le Brun, nouvelle et dernière édition. *Paris*, 1754, 1 vol. *in-fol.*, broché, 20 fr., et relié, 25 fr.

Il reste très-peu d'exemplaires de cet ouvrage.

Traité des Successions, par le même, nouvelle et dernière édition. *Paris*, 1775, 1 vol. *in-fol.*, broché, 15 fr., et rel 20 fr.

Traité des Minorités, Tutelles et Curatelles, par Me Jean Meslé, 1 vol. *in*-4., relié, 10 fr.

Traité du Voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif, et dans ses rapports avec le Code civil, par M. Fournel, ancien avocat au parlement de Paris, dernière édition, 2 vol. *in*-12, brochés, 6 fr., et reliés, [illegible] fr. 50 c.

naturales industriales

fructus

pendentes separati percepti

[illegible] extantes consumpti. V. 119

Dominus

